



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

RAFAELA DE CASTRO ROCHA MOREIRA

**INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA: A COBRANÇA DE JUROS
ANTES DA ENTREGA DAS CHAVES**

Brasília
2013

RAFAELA DE CASTRO ROCHA MOREIRA

**INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA: A COBRANÇA DE JUROS ANTES
DA ENTREGA DAS CHAVES**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito do
Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Orientador: Professor Doutor Leonardo Roscoe
Bessa

Brasília
2013

RAFAELA DE CASTRO ROCHA MOREIRA

**INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA: A COBRANÇA DE JUROS ANTES
DA ENTREGA DAS CHAVES**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito do
Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Orientador: Professor Doutor Leonardo Roscoe
Bessa

Brasília, ____ de _____ de 2013.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Leonardo Roscoe Bessa

Examinador

Examinador

RESUMO

A questão tratada na presente pesquisa refere-se à possibilidade de cobrança de juros antes da entrega das chaves nos contratos de incorporação imobiliária, que, apesar de atualmente restar possibilitada pela jurisprudência mais autorizada no campo do Direito Civil – proveniente do STJ -, encontra divergências intermináveis nos tribunais estaduais, que insistem em levar a rediscussão da matéria à última instância. Referida autorização, como se verá, tem por base fundamentos que se ligam diretamente ao tipo específico de contrato, inerente ao instituto da incorporação imobiliária, que prevê o pagamento antecipado como forma de possibilitar a construção do empreendimento. Não ocorrendo essa situação, o pagamento parcelado enseja a cobrança de juros pelo uso do capital do próprio incorporador ao invés da utilização daquele pertencente ao adquirente e originário financiador da obra.

Palavras-chave:

Incorporação. Juros. Possibilidade. Direito do consumidor. Imóvel na planta.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
-----------------	---

CAPÍTULO 1

1. A incorporação imobiliária.....	10
1.1 Características gerais.....	10
1.2 Relações diversas: a configuração da complexidade.....	12
1.3 Contrato de incorporação imobiliária	14
1.3.1 Modalidades de contrato utilizadas na incorporação imobiliária.....	16
1.4 O incorporador.....	18
1.5 A obrigação do adquirente	21
1.6 Os efeitos do negócio jurídico.....	23
1.7 O patrimônio de afetação.....	24

CAPÍTULO 2

2. Os juros.....	26
2.1 Definição.....	26
2.2 Finalidade.....	30
2.3 Limites.....	31
2.4 Diplomas legais acerca dos juros na construção civil.....	34
2.5 Juros x INCC.....	36

CAPÍTULO 3

3 Análise crítica da posição adotada pelo STJ.....	37
3.1 Evolução cronológica do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça.....	37
3.1.1 RESp 379.941/SP.....	37

3.1.2 RESp 670.117/PB.....	39
3.1.3 ERESp 670.117/PB.....	43
3.2 Fundamentos que legitimam a cobrança.....	45
CONCLUSÃO.....	49
REFERÊNCIAS.....	51

INTRODUÇÃO

O estudo que se pretende desenvolver neste trabalho tem por finalidade demonstrar e analisar os fundamentos utilizados para justificar tanto a tese de que é legal a cobrança de juros antes da entrega das chaves, em contratos de incorporação, quando o pagamento é feito pelo consumidor em parcelas, quanto a tese que prega a abusividade dessa conduta.

Trata-se de estabelecer as bases, a partir da explicitação do conceito e das características adstritas ao instituto, para que se compreendam os pontos que parecem alinhar-se à conclusão pela ilegalidade da cobrança, mas que, por outro lado, podem acabar por justificar a inocorrência de abuso por parte das empresas incorporadoras que assim agem.

O que ocorre na situação apresentada – ou seja, os casos em que se dá o parcelamento do pagamento do preço dos imóveis adquiridos - é a utilização de capital alheio ao patrimônio do adquirente e, por vezes, pertencente ao próprio incorporador para o desenvolvimento do empreendimento, de forma a suplantar a ausência do recurso originariamente contabilizado no preço final das vendas à vista, em que o consumidor cumpre, de uma só vez, a obrigação assumida.

Segundo se analisará nas páginas seguintes, há argumento, por parte dos incorporadores que cobram juros nos contratos em questão, no sentido de que os preços originariamente fixados para os imóveis levam em consideração que, tratando-se do negócio jurídico da incorporação imobiliária, serão eles pagos integralmente quando da formalização do contrato, ainda que se trate de “simples promessa de compra e venda”.

Quando assim não ocorre, havendo, portanto, parcela de adquirentes a que se oportuniza o pagamento à prazo, a construção ou seria prejudicada, ou passaria a ser custeada diretamente pelo próprio incorporador, que se veria na obrigação de assumir os custos ainda não quitados pelos compradores.

De outro lado, todavia, pela perspectiva consumerista, ao utilizar o seu próprio capital na construção do empreendimento, o incorporador não estaria agindo fora do seu conjunto de responsabilidades, já que o financiamento da obra seria conduta inerente àquele que por ela se obriga e em razão da qual obterá proveito econômico.

Para a Corte Superior, ambos os argumentos parecem adequados. É que o Tribunal não tem, em verdade, entendimento efetivamente firmado a esse respeito, levando a que, em diferentes períodos, utilize os mesmos argumentos tanto para afirmar a possibilidade da cobrança quanto para rechaça-la.

Aí reside problema de grande dimensão não apenas para o mercado imobiliário, mas também para a sociedade, que, pela sua realidade econômico-financeira, utiliza-se de forma demasiada da compra de imóveis pelo regime da incorporação.

A instabilidade decorrida da trajetória do posicionamento apresentada pelo STJ acaba por tornar vulneráveis os dois grupos, que não sabem quando a relação jurídica entre eles firmada atenderá da melhor forma o que determina/prevê a lei. A insegurança jurídica é, portanto, efeito patente.

Ademais, em razão de tal instabilidade, os Tribunais estaduais aproveitam a oportunidade para não alinharem, em nenhum momento, suas decisões ao que o próprio guardião da legislação federal determina, já que os casos concretos postos à sua apreciação poderão, na instância superior, levar a nova mudança de posicionamento. As soluções das questões relativas à cobrança dos juros antes da entrega das chaves terminam por ser, em decorrência disso, diversas e inesperadas e, por vezes, inexplicáveis.

A questão levantada nesta pesquisa acadêmica e cuja solução se apresenta como primordial para o desenvolvimento de quaisquer das teses acerca da cobrança desses juros antes da entrega das chaves – seja pela possibilidade ou pela sua abusividade – é, então, a que diz respeito a quem cabe o custeio da construção pelo regime de incorporação de acordo com a natureza jurídica própria do instituto analisado e a relação entre ele e o instituto dos juros.

No capítulo inicial, partir-se-á do estudo das peculiaridades e especificidades da incorporação imobiliária – dentre elas a de que terá como objeto sempre imóveis ainda em construção –, das obrigações do incorporador e do adquirente, e dos efeitos do negócio jurídico da incorporação, pretendendo-se, com essa providência, contextualizar o instituto, trazendo as bases para a análise da aplicação/incidência dos juros.

Seguindo-se a esses esclarecimentos, já no segundo capítulo, serão abordados os juros em si, iniciando-se com sua definição não somente para as ciências exatas, bem como para o próprio Direito, e indo-se à justificação de sua finalidade e da criação de limites à sua incidência e estipulação, chegando-se, por fim, às previsões (ou à sua ausência) legais de incidência no que tange à questão em debate no presente trabalho: a possibilidade de sua cobrança nos negócios jurídicos da incorporação imobiliária em sentido estrito.

Por fim, no derradeiro capítulo, adentrar-se-á na análise dos fundamentos jurisprudenciais, que, como antes alegado, em certos momentos, apontam na direção da aceitação da cobrança de juros compensatórios na incorporação imobiliária com vendas à prazo, mas, em momentos diversos, entendem pela sua impossibilidade.

As bases para os argumentos aqui prestados e que se seguem estão em pesquisa doutrinária, jurisprudencial, análise de legislação e do que ocorrido nos casos concretos já postos a julgamento pelo STJ.

1. A INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

1.1 Características Gerais

A matéria em torno da qual se desenvolve o objeto desta pesquisa acadêmica encontra-se parcialmente regulada pela Lei nº 4.591/1964¹, comumente conhecida por Lei dos Condomínios e das Incorporações imobiliárias – LCI.

Referido normativo foi criado para coibir os abusos costumeiramente praticados por empreiteiros que lançavam projetos de edificação sem a menor condição de levá-los adiante², prejudicando aqueles que compravam as unidades residenciais no futuro. Teve, portanto, semelhante intenção que o CDC: proteger os mais vulneráveis, que estão, tanto em um caso quanto noutro, não só técnica quanto economicamente em desvantagem, nas relações de que tratam, evitando prejuízos de forma mais eficaz, por meio de prévia e posterior fiscalizações.³

Restringindo sua incidência e explicando o objeto de que trata, a Lei das Incorporações, em seu artigo 28, esclarece que “considera-se incorporação imobiliária a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações, ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas”.

Essas unidades autônomas pertencem ao que chamamos de propriedade horizontal, que, constituída sob a forma de condomínio, contem partes comuns, nas quais todos exercem a propriedade conjuntamente, e partes autônomas, sobre as quais são exercidos os direitos de propriedade exclusiva e individualmente.⁴

O conceito de propriedade horizontal é extraído da ideia de que, sobre um mesmo plano, vários exercem o direito de propriedade (ainda que esse mesmo plano seja dividido, verticalmente, em várias outras unidades independentes entre si, nas quais, internamente, a propriedade é exercida de forma exclusiva, como já ressaltado). As partes comuns, em que há o efetivo condomínio, correspondem, por exemplo, ao hall de entrada, às paredes, ao piso e a tudo quanto o mais não esteja na esfera de exclusividade de apenas um

¹ BRASIL. *Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964*. Brasília: Presidência da República

² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e Incorporações*, 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 242-244.

³ CHALUB, Melhim Namen. *Da incorporação imobiliária*, 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 1-13.

⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direitos reais*, 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 287-298

condômino/proprietário.⁵ A figura em análise, como previsto na Lei comentada, visa, justamente, à construção de propriedade horizontal, instituída sob a forma de incorporação imobiliária.

Pela complexidade com que se apresenta, já que carrega em si relações condominiais, nas quais o interesse coletivo sobrepõe-se ao individual⁶, ao mesmo tempo em que tem por finalidade maior a venda individual das unidades autônomas sobre as quais os adquirentes exercerão propriedade exclusiva, deve o instituto da incorporação imobiliária, obedecendo à legislação específica a ele atrelada, cumprir requisitos indispensáveis à sua regular constituição.

Dentre eles, inicialmente, tem-se a disposição do artigo 7º da LCI⁷, que prevê como indispensável à instituição da incorporação imobiliária a declaração de vontade de constituição do condomínio especial propriedade horizontal, que deve ser formalizada por inscrição no Registro de Imóveis.

Do registro, deve constar, obrigatoriamente, a individualização de cada unidade, sua identificação e discriminação, bem como a fração ideal sobre o terreno e partes comuns, atribuída a cada unidade. Esse requisito tem sua razão de ser justamente porque as unidades que vão sendo alienadas no decorrer da realização da incorporação gerarão, desde o momento em que negociadas, direitos reais para os adquirentes não somente sobre elas, mas também sobre o todo, o condomínio formado⁸.

Necessária, também, é a criação da convenção de condomínio, feita pelos proprietários, adquirentes, promissários-compradores, cujo escopo é o de disciplinar a convivência dos condôminos. Pode-se levar esse ato à registro público ou mantê-lo, apenas,

⁵ DE BRITO, Rodrigo Azevedo Toscano. *Incorporação Imobiliária à luz do CDC*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 148-153.

⁶ DE BRITO, Rodrigo Azevedo Toscano. Op. Cit., p. 148-153.

⁷ BRASIL. Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Brasília: Presidência da República. Art. 7º O condomínio por unidades autônomas instituir-se-á por ato entre vivos ou por testamento, com inscrição obrigatória no Registro de Imóvel, dele constando; a individualização de cada unidade, sua identificação e discriminação, bem como a fração ideal sobre o terreno e partes comuns, atribuída a cada unidade, dispensando-se a descrição interna da unidade.

⁸ BRASIL. Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Brasília: Presidência da República. Art. 7º O condomínio por unidades autônomas instituir-se-á por ato entre vivos ou por testamento, com inscrição obrigatória no Registro de Imóvel, dele constando; a individualização de cada unidade, sua identificação e discriminação, bem como a fração ideal sobre o terreno e partes comuns, atribuída a cada unidade, dispensando-se a descrição interna da unidade.

na esfera particular. Entretanto, é preciso que se obedeça aos requisitos mínimos do art. 9º da Lei 4.591/1964⁹.

A importância dessa “associação” deve-se ao interesse coletivo na consecução final do empreendimento, ressaltando-se que, para o atingimento do objetivo da incorporação, ultrapassa-se a noção individualista e adentra-se na reunião de esforços dos adquirentes para o alcance da sua finalidade maior, qual seja a do nascimento de diversas propriedades imobiliárias novas, ligadas entre si e integrantes de um só conjunto imobiliário¹⁰.

Por fim, para que se institua o regime de propriedade horizontal pela incorporação imobiliária, há que se criar a figura do regimento interno, que regula as normas de convivência entre os adquirentes, disciplinadas na Convenção do Condomínio, como previsto no já comentado art. 9º da LCI¹¹.

1.2 Relações diversas: a configuração da complexidade

É preciso que se tenha em mente que a incorporação imobiliária é revestida de complexidade ímpar, posto que carrega em si diversas relações paralelas, que convergem, entretanto, para o mesmo fim de possibilitar a real existência da propriedade horizontal.¹²

⁹ BRASIL. Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Brasília: Presidência da República. Art. 9º Os proprietários, promitentes compradores, cessionários ou promitentes cessionários dos direitos pertinentes à aquisição de unidades autônomas, em edificações a serem construídas, em construção ou já construídas, elaborarão, por escrito, a Convenção de condomínio, e deverão, também, por contrato ou por deliberação em assembleia, aprovar o Regimento Interno da edificação ou conjunto de edificações. § 1º Far-se-á o registro da Convenção no Registro de Imóveis, bem como a averbação das suas eventuais alterações. § 2º Considera-se aprovada, e obrigatória para os proprietários de unidades, promitentes compradores, cessionários e promitentes cessionários, atuais e futuros, como para qualquer ocupante, a Convenção que reúna as assinaturas de titulares de direitos que representem, no mínimo, 2/3 das frações ideais que compõem o condomínio. § 3º Além de outras normas aprovadas pelos interessados, a Convenção deverá conter: a) a discriminação das partes de propriedade exclusiva, e as de condomínio, com especificações das diferentes áreas; b) o destino das diferentes partes; c) o modo de usar as coisas e serviços comuns; d) encargos, forma e proporção das contribuições dos condôminos para as despesas de custeio e para as extraordinárias; e) o modo de escolher o síndico e o Conselho Consultivo; f) as atribuições do síndico, além das legais; g) a definição da natureza gratuita ou remunerada de suas funções; h) o modo e o prazo de convocação das assembleias gerais dos condôminos; i) o quorum para os diversos tipos de votações; j) a forma de contribuição para constituição de fundo de reserva; l) a forma e o quorum para as alterações de convenção; m) a forma e o quorum para a aprovação do Regimento Interno quando não incluídos na própria Convenção.

¹⁰ DE BRITO, Rodrigo Azevedo Toscano. *Incorporação Imobiliária à luz do CDC*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 168-171.

¹¹ DE BRITO, Rodrigo Azevedo Toscano. Op. Cit., p. 171-172.

¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e Incorporações*, 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 231

Tal complexidade deve-se ao fato de que o empreendedor assume compromissos não só com os adquirentes das pretensas unidades autônomas, mas também com outras figuras essenciais à realização da incorporação¹³.

É esse o caso, por exemplo, do incorporador que não é nem dono do terreno e nem construtor. Para que seja possível a negociação das unidades constituintes da propriedade horizontal, antes, ao incorporador, cabe a compra do terreno - que se pode dar por meio de simples compra e venda, ou por uma promessa de compra e venda -, havendo a negociação exclusiva entre incorporador e proprietário da área a ser edificada; e a contratação da construção, feita, também, exclusivamente entre incorporador e construtora¹⁴. Em situações como essa, a relação de compromissos estabelecida pelo incorporador é tão vulnerável que o descumprimento de apenas um deles pode vincular a continuidade de todos os outros. Exemplo marcante é o caso do inadimplemento constante de parte dos adquirentes, que impediria o adimplemento, pelo incorporador, das parcelas negociadas tanto para a compra do terreno quanto para a construção da propriedade, prejudicando, indubitavelmente, todos os outros adquirentes. É essa configuração complexa que, na verdade, determina a incorporação imobiliária em sentido amplo¹⁵.

Entretanto, como a finalidade do incorporador é, inegavelmente, a de obter lucro a partir da efetiva venda das unidades autônomas, e todos os esforços são empreendidos em razão disso, o núcleo da atividade incorporativa é o “contrato de incorporação”, pelo qual formaliza-se o negócio jurídico incorporativo e configura-se a existência da chamada “incorporação imobiliária em sentido estrito”¹⁶.

Nesse contrato, a despeito das inúmeras outras relações pré-existentis, transparece tão somente a obrigação de o incorporador de promover a construção do edifício e a de transferir a propriedade das unidades autônomas, em razão das quais os adquirentes deverão pagar certo preço. Ou seja, ao incorporador são impostas duas obrigações, uma de fazer

¹³ “Neste ponto convém advertir que o contrato de incorporação de condomínio não se confunde com o contrato de construção de edifício. Aquele é a convenção que se faz entre o incorporador e os interessados na formação do condomínio para a realização do empreendimento; este é o ajuste que se realiza entre o incorporador e o construtor para o levantamento do edifício”, Hely Lopes Meirelles in MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de Construir*, 6. ed. Refundida. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 206

¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e Incorporações*, 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 231-237.

¹⁵ DE BRITO, Rodrigo Azevedo Toscano. *Incorporação Imobiliária à luz do CDC*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 172-176.

¹⁶ DE BRITO, Rodrigo Azevedo Toscano. Op. Cit., p. 172-176.

(construir a propriedade) e outra de dar (transferir a propriedade). O que importa, nesse ato, é que ocorra a construção das unidades pelas quais foram pagos os preços, sem que se leve em conta os meios ou as outras pessoas (físicas e jurídicas) envolvidos¹⁷.

1.3. – Contrato de Incorporação imobiliária

Por estar discriminado em lei própria, que dispõe, expressamente, sobre os requisitos necessários a sua formal configuração, o contrato de incorporação imobiliária é típico e caracteriza-se, segundo a definição de Hely Lopes Meireles, como

“o ajuste pelo qual o incorporador se compromete a construir diretamente ou por terceiros e, afinal, transferir a propriedade horizontal de unidades autônomas de um mesmo edifício de dois ou mais pavimentos, assim como as partes ideais do terreno e das áreas de utilização comum, aos tomadores de apartamentos, mediante um preço fixo ou ajustável ao custo da construção nas condições estabelecidas na convenção do condomínio”¹⁸

Rodrigo Toscano, simplificando, também assevera que:

“É o negócio jurídico por meio do qual o incorporador, na forma da legislação específica, compromete-se com o comprador ou promissário-comprador de fração ideal de terreno vinculada à futura unidade autônoma a construir uma edificação e transferir para o nome dos respectivos adquirentes a propriedade de uma ou mais unidades autônomas, com a finalidade de instituir, na edificação, o regime da propriedade horizontal”¹⁹.

É o contrato, portanto, que vincula o empreendedor/incorporador para com o adquirente de forma onerosa; aquele, comprometendo-se a realizar a construção da unidade e entregá-la, e esse obrigando-se a pagar preço fixo pelos gastos com sua construção e, claro, “administração” – já que o trabalho do incorporador na reunião dos esforços necessários precisa, também, ser recompensado, permitindo-se, assim, o ganho de capital almejado e em razão do qual a incorporação é feita, já que consiste em atividade econômica²⁰.

¹⁷ DE BRITO, Rodrigo Azevedo Toscano. Op. Cit., p. 172-176

¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de Construir*, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 237

¹⁹ DE BRITO, Rodrigo Azevedo Toscano. *Incorporação Imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 178.

²⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e Incorporações*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 276-278.

Esse contrato deve, obrigatoriamente, ser registrado no Registro de Imóveis, junto ao memorial de incorporação lá arquivado, para que possa surtir efeitos frente a terceiros²¹.

Por esse mesmo efeito, ou seja, para que o direito real de propriedade ou o de aquisição seja oponível a todos, no caso específico da promessa de compra e venda, o registro, ainda que de instrumento particular é, também, indispensável. É essa a previsão do § 4º do art. 35 da LCI²². Ressalte-se, todavia, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que não condiciona o direito à adjudicação compulsória ao seu registro no cartório de imóveis²³.

Com relação a disposição supra, que excepciona a criação de direitos reais por instrumento público exclusivamente, Melhim Namem Chalub adverte que:

“A despeito da solenidade exigida por lei para os contratos que visem constituir direito real, a Lei das Incorporações mitiga essa exigência, em benefício do adquirente, *ao considerar completo o contrato de compromisso de venda mediante simples adesão do adquirente a um ajuste preliminar*, que, para esse fim, se agrega ao memorial de incorporação, com ele formando o contrato”.²⁴ (destacou-se)

A partir do referido registro, nasce o direito à adjudicação compulsória do contrato correspondente ao preliminar, ou seja, a efetiva venda da unidade autônoma é de obrigação do incorporador, que não pode optar por negociá-la com qualquer outro interessado. É, portanto, indiscutível que, de acordo com a própria lei que regula o instituto da incorporação imobiliária, ainda que do simples compromisso de venda, há a criação de direito real para o

²¹ BRASIL. Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Brasília: Presidência da República. Art. 32. O incorporador somente poderá negociar sobre unidades autônomas após ter arquivado, no cartório competente de Registro de Imóveis, os seguintes documentos:

§ 2º Os contratos de compra e venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de unidades autônomas são irrevogáveis e, uma vez registrados, conferem direito real oponível a terceiros, atribuindo direito a adjudicação compulsória perante o incorporador ou a quem o suceder, inclusive na hipótese de insolvência posterior ao término da obra. (Redação dada pela Lei nº 10.931, de 2004)

²² BRASIL. Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Brasília: Presidência da República. Art. 35. O incorporador terá o prazo máximo de 45 dias, a contar do termo final do prazo de carência, se houver, para promover a celebração do competente contrato relativo à fração ideal de terreno, e, bem assim, do contrato de construção e da Convenção do condomínio, de acordo com discriminação constante da alínea "i", do art. 32. (Vide Lei nº 4.864/65 que altera o prazo máximo concedido ao incorporador para 60 (sessenta) dias) § 4º Descumprida pelo incorporador e pelo mandante de que trata o § 1º do art. 31 a obrigação da outorga dos contratos referidos no caput deste artigo, nos prazos ora fixados, a carta-proposta ou o documento de ajuste preliminar poderão ser averbados no Registro de Imóveis, averbação que conferirá direito real oponível a terceiros, com o consequente direito à obtenção compulsória do contrato correspondente.

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 239. Adjudicação Compulsória - Registro do Compromisso de Compra e Venda. O direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis.

²⁴ CHALUB, Melhim Namem. *Da incorporação imobiliária*, 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 151.

adquirente (direito real de aquisição)²⁵. Tanto é essa a realidade que, mesmo não tendo o promissário – comprador o direito real de propriedade, ou seja, ainda que não exerça o domínio, sendo ele titular de direito real de aquisição, pode dispor de tal direito, por contrato de cessão ou promessa de cessão de direitos aquisitivos, como esclarece Melhim Namem Chalub.²⁶

1.3.1. – Modalidades de contrato utilizadas na incorporação imobiliária

Dentre as figuras contratuais típicas utilizadas na formalização do negócio incorporativo, tem-se, como as mais comuns, a promessa de compra e venda, a compra e venda com pacto adjeto de alienação fiduciária e a promessa de compra e venda da fração ideal, formada com o incorporador, e o contrato de construção firmado com o construtor ou com o próprio incorporador²⁷.

A despeito de apenas os contratos em que a compra (e o pagamento, *por negociação das partes*) não se dê de forma instantânea possuir relevância para o estudo que ora se inicia, faz-se necessário à diferenciação dessa figura que se recorra à análise de todas as outras.

Na primeira possibilidade de contratação (promessa de compra e venda), o negócio se estabelece apenas entre incorporador e promissário-comprador, assumindo aquele os riscos da construção, por preço final pré-estabelecido, e a obrigação de transmitir a propriedade da futura unidade autônoma ao adquirente. Ao promissário, resta a obrigação de adimplir com as prestações assumidas, referentes ao preço final pactuado. É, portanto, promessa de venda de coisa futura, mas que, como já se adiantou, por suas peculiaridades, acaba por gerar direitos reais desde a sua formalização e devido registro junto ao memorial da incorporação²⁸.

O domínio, todavia, permanece com o promitente– vendedor/incorporador, até que o valor total da unidade tenha sido pago e ocorra a adjudicação do bem, por meio da compra e venda antes prometida. Entretanto, nos dizeres de Melhim Namem Chalub “para ele (o incorporador), esse domínio deixa de ter substância material ou jurídica, pois fica submetido a

²⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 2011, vol. 3, p. 534-536.

²⁶ CHALUB, Melhim Namem. *Da incorporação imobiliária*, 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 185

²⁷ CHALUB, Melhim Namem. *Op. Cit.*, p. 182-183

²⁸ CHALUB, Melhim Namem. *Op. Cit.*, p. 184-189.

uma compressão que o reduz quase que à expressão mínima”,²⁹. É que, se por um lado, regra geral, quem possui o domínio pode dele dispor, de outro, no caso específico da incorporação imobiliária feita por meio da promessa de compra e venda, a venda ao promissário comprador é medida obrigatória, sujeita, inclusive, à prolação de sentença concedendo, compulsoriamente, a adjudicação do bem, e ainda, estipulando multa.³⁰ Assim, não se pode cogitar de livre disposição do incorporador.

No contrato de compra e venda com pacto adjeto de alienação fiduciária, instituído pela Lei nº 9.514/1997, o adquirente compromete-se a transferir a propriedade ao credor do valor utilizado na compra da unidade autônoma caso não cumpra sua obrigação de pagar o convencionado. Na posição de credor, pode figurar tanto o incorporador quanto uma instituição financeira, quando ocorre o financiamento em atendimento à previsão expressa da lei supracitada. A propriedade da unidade é colocada na esfera de direitos do credor até que o pagamento seja concluído pelo devedor/adquirente, restando a esse a posse direta do imóvel e a titularidade do direito de readquirir a sua propriedade³¹.

Também a propriedade fiduciária deve ser registrada no Registro de Imóveis para que opere os devidos desdobramentos da posse direta pelo adquirente-fiduciante.

Nos casos de contratação por promessa de compra e venda da fração ideal do terreno firmada com o incorporador e contrato de construção firmado com o construtor ou até mesmo com o próprio incorporador há a inconfundível presença de dois negócios jurídicos de certa forma independentes entre si. Os riscos de a construção custar mais ou menos do que o previsto no orçamento não serão assumidos pelo incorporador, mas pelo adquirente, ante o

²⁹ CHALUB, Melhim Namen. *Da incorporação imobiliária*, 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 177.

³⁰ BRASIL. Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Brasília: Presidência da República. Art. 35. O incorporador terá o prazo máximo de 45 dias, a contar do termo final do prazo de carência, se houver, para promover a celebração do competente contrato relativo à fração ideal de terreno, e, bem assim, do contrato de construção e da Convenção do condomínio, de acordo com discriminação constante da alínea "i", do art. 32. (Vide Lei nº 4.864/65 que altera o prazo máximo concedido ao incorporador para 60 (sessenta) dias) § 4º Descumprida pelo incorporador e pelo mandante de que trata o § 1º do art. 31 a obrigação da outorga dos contratos referidos no caput deste artigo, nos prazos ora fixados, a carta-proposta ou o documento de ajuste preliminar poderão ser averbados no Registro de Imóveis, averbação que conferirá direito real oponível a terceiros, com o consequente direito à obtenção compulsória do contrato correspondente. § 5º Na hipótese do parágrafo anterior, o incorporador incorrerá também na multa de 50% sobre a quantia que efetivamente tiver recebido, cobrável por via executiva, em favor do adquirente ou candidato à aquisição.

³¹ CHALUB, Melhim Namen. Op. Cit., p. 197-203

fato de a construção ser objeto de contrato autônomo, ainda que firmado, também, com o incorporador e não com o construtor³².

Nessa modalidade encontram-se duas espécies: a de construção pelo regime de empreitada e pelo regime de administração. Na primeira, o preço da construção, ainda que reajustável ao longo da obra, é estabelecido no contrato. Diferentemente, no regime de construção por administração, o preço é apenas estimado no contrato, podendo ser maior com o desenvolvimento da obra. Em qualquer dos casos, porém, a construção será custeada diretamente pelos adquirentes, sem que haja interferência ou intermediação do incorporador³³.

1.4. – O Incorporador

A administração a que fez-se referência e pela qual seria responsável o incorporador – é preciso dizer – carrega conceito mais abrangente que a usual. É que, como salientava Caio Mário, o incorporador não pode ser analisado isoladamente de acordo com as atividades de corretagem, representação ou gestão de negócios, apenas. Na verdade, na figura do incorporador, verdadeiro propulsor do investimento, essas e outras atividades são acumuladas.³⁴

E como bem elucida, também, Silvio Venosa, o incorporador corresponde à “figura catalisadora de um complexo contratual. Centraliza, administra e conclui o empreendimento, com série de responsabilidades descritas na lei”.³⁵

Para a Lei das Incorporações, o incorporador é:

“a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que, embora não efetuando a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, em *edificações a serem construídas ou em construção* sob o regime condominial, ou que meramente aceite propostas para a efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação e

³² CHALUB, Melhim Namen. Op. Cit., p. 189

³³ CHALUB, Melhim Namen. Op. Cit., p. 190-197

³⁴ DE BRITO, Rodrigo Azevedo Toscano. *Cláusulas abusivas nos contratos de incorporação imobiliária e o código de defesa do consumidor*. Revista de Direito Imobiliário, São Paulo, n° 49, p. 83, julho – dezembro 2000.

³⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Contratos em Espécie*. São Paulo, Atlas, 2008, p. 471.

responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras concluídas.”³⁶ (destacou-se)

Portanto, não há como confundir a figura do incorporador e restringi-la a de um mero vendedor de imóvel, por exemplo. Esse vende o bem já construído, pronto, não importando mais os esforços necessários para a construção nem as suas características de desenvolvimento.

Ao que nos interessa no presente estudo, o incorporador estará sempre atrelado a bem ainda em construção ou que essa sequer já tenha sido iniciada. Por isso mesmo é que, ainda que de forma indireta, a figura do incorporador pode surgir sem que seja essa a intenção do sujeito³⁷.

É o típico caso de dono de terreno que decide, por livre e exclusiva vontade, construir um edifício com o objetivo de vender as unidades autônomas ao seu término, mas que, com “avanço” da obra, percebe que não dispõe dos recursos suficientes à sua conclusão, decidindo, por essa razão, pela venda antecipada das frações ideais, justamente como ocorre na incorporação imobiliária expressa³⁸.

A partir dessa conduta, o sujeito, antes considerado mero futuro vendedor de unidade autônoma de condomínio edilício, torna-se incorporador, sujeitando-se às obrigações previstas para tal figura típica e, inclusive, às sanções a ela atreladas. É o que argumenta Caio Mário da Silva Pereira:

“Quem constrói para si mesmo, ainda que seja edifício de apartamentos, não é incorporador. Nele se converte, porém, desde o momento em que exponha à venda as unidades vinculadas à fração ideal, antes da conclusão do edifício”³⁹.

³⁶ BRASIL. Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Brasília: Presidência da República. Art. 29. Considera-se incorporador a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que embora não efetuando a construção, compromissse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, (VETADO) em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial, ou que meramente aceite propostas para efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras concluídas.

³⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e Incorporações*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 249

³⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. Cit., p. 249

³⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. Cit., p. 249

É que, como se disse, é inerente à atividade de incorporação que as edificações, das quais constarão as unidades autônomas, estejam em construção ou venham, ainda, a ser construídas, como dispõe o artigo inicialmente citado (art. 29 da LCI). Ou seja, o objeto da atividade exercida pelo incorporador será sempre coisa futura.

Ainda assim – sendo o objeto do negócio coisa futura -, segundo Rodrigo Toscano “o incorporador *poderá celebrar contrato de promessa de compra e venda da unidade ou efetivar a venda*, ainda que seja só projeto ou esteja em construção”⁴⁰. Por não estar a unidade autônoma pronta, ainda, o que o incorporador negocia é a fração ideal do terreno vinculada à unidade condominial autônoma futura.

No que se refere à responsabilidade do incorporador, a extensão de seu conceito àqueles que exercem apenas a administração simples (na incorporação pelo regime de administração), na qual a edificação está intimamente vinculada ao potencial financeiro dos adquirentes, que alocarão diretamente seus recursos na construção, permitiu a flexibilização da obrigação de entregar a obra pronta no tempo, prazo e forma convencionados. Apenas o incorporador – comerciante, ou seja aquele que é o verdadeiro propulsor do investimento, deve se atentar para esse tipo de obrigação.⁴¹

Em atendimento à LCI, que visa , como se disse, proteger ao máximo o adquirente da unidade autônoma, o incorporador deve ser indicado expressamente, inclusive no local da

⁴⁰ DE BRITO, Rodrigo Azevedo Toscano. *Incorporação Imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 2002.

⁴¹ BRASIL. Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Brasília: Presidência da República. Art. 43. Quando o incorporador contratar a entrega da unidade a prazo e preços certos, determinados ou determináveis, mesmo quando pessoa física, ser-lhe-ão impostas as seguintes normas: I - informar obrigatoriamente aos adquirentes, por escrito, no mínimo de seis em seis meses, o estado da obra; II - responder civilmente pela execução da incorporação, devendo indenizar os adquirentes ou compromissários, dos prejuízos que a estes advierem do fato de não se concluir a edificação ou de se retardar injustificadamente a conclusão das obras, cabendo-lhe ação regressiva contra o construtor, se for o caso e se a este couber a culpa; [...] IV - é vedado ao incorporador alterar o projeto, especialmente no que se refere à unidade do adquirente e às partes comuns, modificar as especificações, ou desviar-se do plano da construção, salvo autorização unânime dos interessados ou exigência legal; V - não poderá modificar as condições de pagamento nem reajustar o preço das unidades, ainda no caso de elevação dos preços dos materiais e da mão-de-obra, salvo se tiver sido expressamente ajustada a faculdade de reajustamento, procedendo-se, então, nas condições estipuladas; VI - se o incorporador, sem justa causa devidamente comprovada, paralisar as obras por mais de 30 dias, ou retardar-lhes excessivamente o andamento, poderá o Juiz notificá-lo para que no prazo mínimo de 30 dias as reinicie ou torne a dar-lhes o andamento normal. Desatendida a notificação, poderá o incorporador ser destituído pela maioria absoluta dos votos dos adquirentes, sem prejuízo da responsabilidade civil ou penal que couber, sujeito à cobrança executiva das importâncias comprovadamente devidas, facultando-se aos interessados prosseguir na obra (VETADO).

construção, pelo seu nome, para que não haja dúvida quanto ao responsável pela atividade⁴². A fiscalização de sua atuação é feita, ainda, por uma comissão de representantes dos adquirentes e promissários.⁴³

Há, ademais, na esfera de responsabilidades do incorporador, a obrigação de que deve ele responder, em igualdade de condições, com os demais contratantes, pelo pagamento da construção das unidades que não tenham tido a responsabilidade pela sua construção assumida por terceiros e até que a tenham⁴⁴. Caso a obra atrase por quaisquer razões não justificáveis, o incorporador responderá civilmente, devendo indenizar os adquirentes ou compromissários, se havido prejuízos.

1.5. A Obrigação do Adquirente

No contrato de incorporação imobiliária em que o incorporador, fugindo, em verdade, a concepção do próprio instituto da incorporação imobiliária, concede ao adquirente a opção de realizar o pagamento do preço total em parcelas, é o adquirente quem faz a proposta (inclusive no que se refere à forma de pagamento) – já que, em tese, o preço final é estipulado com base na ideia inicial de que será ele integralmente cedido pelo adquirente quando da assunção do negócio -, cabendo ao incorporador aceitá-la ou não.

É que, em sua natureza, a incorporação “*é um empreendimento que visa obter, pela venda antecipada dos apartamentos, o capital necessário para a construção do prédio*”.⁴⁵ Ou seja, somente atendem ao seu fim precípuo aqueles negócios em que da venda (ou da

⁴² BRASIL. Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Brasília: Presidência da República. Art. 31. A iniciativa e a responsabilidade das incorporações imobiliárias caberão ao incorporador, que somente poderá ser: [...]

§ 2º Nenhuma incorporação poderá ser proposta à venda sem a indicação expressa do incorporador, devendo também seu nome permanecer indicado ostensivamente no local da construção.

⁴³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e Incorporações*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 255

⁴⁴ BRASIL. Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Brasília: Presidência da República. Art. 35. O incorporador terá o prazo máximo de 45 dias, a contar do término final do prazo de carência, se houver, para promover a celebração do competente contrato relativo à fração ideal de terreno, e, bem assim, do contrato de construção e da Convenção do condomínio, de acordo com discriminação constante da alínea "i", do art. 32. (Vide Lei nº 4.864/65 que altera o prazo máximo concedido ao incorporador para 60 (sessenta) dias) § 6º Ressalvado o disposto no artigo 43, do contrato de construção deverá constar expressamente a menção dos responsáveis pelo pagamento da construção de cada uma das unidades. O incorporador responde, em igualdade de condições, com os demais contratantes, pelo pagamento da construção das unidades que não tenham tido a responsabilidade pela sua construção assumida por terceiros e até que o tenham.

⁴⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 2011, vol. 3, p. 682

promessa de compra e venda) decorra o pagamento integral do preço, que possibilitará o aporte de capital necessário à construção.

Não sendo essa, todavia, a realidade permitida pela situação econômica de grande parcela da sociedade brasileira⁴⁶, a aceitação do pagamento à prazo termina sendo, por vezes, a única alternativa dos incorporadores, no afã não só de possibilitar a realização da sua atividade empresarial, bem como de proteger o mercado imobiliário.

Assim, tendo sido feita a proposta que melhor atenda a necessidade do adquirente, e em sendo essa aceita pelo incorporador, o contrato é formalizado e surge a obrigação de pagamento pontual das prestações assumidas.

Não recebendo o incorporador as parcelas acordadas, o atraso na obra pode acabar sendo inevitável, resultando em prejuízo não só para o adquirente inadimplente, mas também para todos os outros condôminos. E isso decorre do fato de que, como já antes aludido, há interesse coletivo na incorporação, que se sobrepõe ao mero desejo individual de ter-se por acabada a construção de sua unidade autônoma. É de interesse de todos os condôminos que a propriedade horizontal em sua integralidade esteja concluída, de nada adiantando que apenas poucas unidades estejam prontas, se as áreas comuns ainda se encontrarem pendentes de finalização. É como esclarece Melhim Namem Chalub⁴⁷:

“A despeito da individualidade de cada contrato, é materialmente impossível pensar na consecução individual de um contrato individual de incorporação sem o concomitante cumprimento de todos os demais contratos que têm como objeto a construção da edificação coletiva”.

Para evitar a ocorrência de prejuízos à coletividade é que, nos casos de inadimplemento recorrente por parte dos adquirentes, pode o incorporador pedir a resolução

⁴⁶ “largamente utilizada no Brasil, principalmente pela classe média, a qual, não podendo desembolsar de uma só vez a quantia relativa ao pagamento total da unidade, prefere pagar lentamente, acompanhando o curso da construção da edificação e, muitas vezes, ainda depois que esta tem fim” in DE BRITO, Rodrigo Azevedo Toscano. *Cláusulas abusivas nos contratos de incorporação imobiliária e o código de defesa do consumidor*. Revista de Direito Imobiliário, São Paulo, n° 49, p. 88, julho – dezembro 2000.

⁴⁷ CHALUB, Melhim Namen. *Da incorporação imobiliária*, 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 143.

do contrato, restando aqueles protegidos, entretanto, pelo Código de Defesa do Consumidor⁴⁸, contra abusos perpetrados na retenção abusiva do que anteriormente pago⁴⁹.

1.6. Os Efeitos do Negócio Jurídico

Como já adiantado, a atividade de incorporação imobiliária exige o cumprimento de requisitos indispensáveis à sua concretização. Dentre eles, está a sua instituição, ou a declaração de vontade de constituição da propriedade horizontal, por meio de registro público no cartório de Registro de Imóveis⁵⁰.

Juntamente desse registro, ficarão arquivados os contratos feitos entre incorporador e compradores ou promissários – compradores. É a partir dessa formalização que nasce para o adquirente da unidade autônoma um direito real não somente sobre a sua unidade, bem como sobre as parcelas de propriedade coletiva do condomínio.⁵¹

Até mesmo no caso do promissário – comprador, esse direito é capaz de garantir a sua preferência na aquisição do imóvel. O incorporador fica, dessa forma, obrigado a não negociar a unidade objeto da promessa enquanto durar o pacto. Além desse efeito, Rodrigo Toscano adiciona outro:

“Um dos efeitos do registro do negócio jurídico incorporativo ressalta aos olhos. Trata-se da obtenção da adjudicação compulsória da venda, em caso de recusa do promitente em outorgar ao compromissário a escritura definitiva.”⁵²

⁴⁸ DE BRITO, Rodrigo Azevedo Toscano. *Cláusulas abusivas nos contratos de incorporação imobiliária e o código de defesa do consumidor*. Revista de Direito Imobiliário, São Paulo, n° 49, p. 97, julho – dezembro 2000.

⁴⁹ BRASIL. Lei n° 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Brasília: Presidência da República Art. 63. É lícito estipular no contrato, sem prejuízo de outras sanções, que a falta de pagamento, por parte do adquirente ou contratante, de 3 prestações do preço da construção, quer estabelecidas inicialmente, quer alteradas ou criadas posteriormente, quando for o caso, depois de prévia notificação com o prazo de 10 dias para purgação da mora, implique na rescisão do contrato, conforme nele se fixar, ou que, na falta de pagamento, pelo débito respondem os direitos à respectiva fração ideal de terreno e à parte construída adicionada, na forma abaixo estabelecida, se outra forma não fixar o contrato.

⁵⁰ BRASIL. Lei n° 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Brasília: Presidência da República. Art. 7° O condomínio por unidades autônomas instituir-se-á por ato entre vivos ou por testamento, com inscrição obrigatória no Registro de Imóvel, dele constando; a individualização de cada unidade, sua identificação e discriminação, bem como a fração ideal sobre o terreno e partes comuns, atribuída a cada unidade, dispensando-se a descrição interna da unidade.

⁵¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e Incorporações*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 290-292.

⁵² DE BRITO, Rodrigo Azevedo Toscano. *Incorporação Imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 206.

Trata-se da possibilidade que tem o pretense adquirente de se utilizar da tutela jurisdicional para obrigar o promitente – vendedor a concluir o negócio, não podendo aquele preferir outro, sem motivos efetivamente relevantes. É a consequência do direito real já concedido àquele que realiza o pacto preliminar a ser, obrigatoriamente, arquivado junto do registro da incorporação⁵³.

1.7. O Patrimônio de Afetação

Em atendimento ao interesse coletivo de construção das unidades autônomas e da propriedade horizontal como um todo, todo o patrimônio relativo à atividade incorporadora é suscetível de afetação⁵⁴.

O acervo patrimonial que compõe a incorporação imobiliária, composto pelas receitas advindas das negociações das unidades autônomas e, em geral, todas as obrigações vinculadas são segregados, podendo o incorporador deles se utilizar apenas em atendimento ao objetivo específico de conclusão da obra⁵⁵.

Não se trata de impedir ou dificultar a atuação do incorporador⁵⁶, mas, sim, de impor que suas ações se regulem em expressa observância ao objetivo principal da incorporação, evitando a ocorrência de atrasos na conclusão da obra ou a ausência de recursos necessários, por exemplo.

Por essa razão, na intenção de que não se confundam os recursos destinados a cada incorporação, é que esse patrimônio afetado não se confunde com o patrimônio da

⁵³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 2011, vol. 3, p. 534-536

⁵⁴ BRASIL Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Brasília: Presidência da República. Art. 31-A. A critério do incorporador, a incorporação poderá ser submetida ao regime da afetação, pela qual o terreno e as acessões objeto de incorporação imobiliária, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados, manter-se-ão apartados do patrimônio do incorporador e constituirão patrimônio de afetação, destinado à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)

⁵⁵ CHALUB, Melhim Namem. *Da incorporação imobiliária*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 68-71.

⁵⁶ “A afetação não interfere no conteúdo do direito subjetivo do incorporador, mas apenas condiciona o exercício dos seus poderes de modo que fique assegurado o cumprimento da função econômica e social dos bens, direitos e obrigações vinculadas ao negócio da incorporação”, in CHALUB, Melhim Namem. *Da incorporação imobiliária*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 68-69

incorporadora, não podendo ela utilizar-se do acervo patrimonial de uma em outra incorporação⁵⁷.

E para que se efetive o controle e fiscalização desse patrimônio afetado, há que ocorrerem demonstrações periódicas do andamento da obra, que devem estar vinculados à programação financeira aprovada; tudo em atendimento à finalidade principal de conclusão da obra e transmissão das unidades autônomas no tempo e forma pactuados⁵⁸.

⁵⁷ CHALUB, Melhim Namen. Op. Cit., p. 68-71

⁵⁸ CHALUB, Melhim Namen. Op. Cit., p. 68-71

2. OS JUROS

2.1. Definição

Tendo em vista que se analisa no presente trabalho a possibilidade de incidência dos juros nos contratos de incorporação imobiliária com pagamento à prazo, faz-se de extrema necessidade que se recorra ao próprio conceito de juros e se entenda a sua ocorrência no direito brasileiro.

Antes, porém, cumpre trazer a diferenciação entre as duas grandes espécies de juros quanto aos seus fundamentos: os moratórios e os remuneratórios.

Os primeiros estão ligados ao descumprimento da obrigação firmada, seja quanto ao prazo para pagamento, o local em que deverá ocorrer ou, ainda mais grave, a sua ausência completa e definitiva. Não serão devidos, portanto, por mera liberalidade do credor, que os estipulará (e cobrará) sempre que desejar. Na verdade, sua estipulação poderá ser concomitante à feitura do contrato, mas o dever de pagá-los somente nascerá a partir de conduta do próprio devedor, que, ou não cumprirá a obrigação, ou a fará de forma imperfeita. Portanto, arcando ele com o seu dever na exata forma como convencionado, não subsistirá para o credor o direito de cobrar tais juros⁵⁹.

Para essa espécie de juros, o Código Civil estabelece a presunção de que o descumprimento (ou cumprimento imperfeito) da obrigação gera prejuízo ao credor, não sendo necessária, por essa razão, a demonstração dos danos.⁶⁰ Sobre essa presunção, Luiz Antonio Scavone Junior acrescenta que:

“De fato, a presunção legal é plenamente justificável na exata medida em que o credor contava com o recebimento que, afinal, não se efetivou, pelo que fica privado de novas oportunidades.”⁶¹

⁵⁹ SCAVONE JUNIOR, Luz Antonio. *Juros no Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 83-106

⁶⁰ BRASIL. Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília: Presidência da República. Art. 407. Ainda que se não alegue prejuízo, é obrigado o devedor aos juros da mora que se contarão assim às dívidas em dinheiro, como às prestações de outra natureza, uma vez que lhes esteja fixado o valor pecuniário por sentença judicial, arbitramento, ou acordo entre as partes.

⁶¹ SCAVONE JUNIOR, Luz Antonio. *Juros no Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 96.

Como antes adiantado, as partes poderão estipular os juros moratórios que serão devidos em caso de descumprimento no momento da feitura do contrato. Todavia, se tal acordo não ocorrer e o pacto restar silente quanto a essa questão, os juros observarão a previsão legal, insculpida no art. 406 do Código Civil⁶², e serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

De outro lado, diferentemente dos juros moratórios, que exigem a conduta do devedor (ou do credor) em descumprir uma obrigação, a segunda espécie de juros (os remuneratórios/compensatórios) obedecem à prévia negociação das partes e serão devidos ainda que o pacto seja plenamente respeitado e atenda a todas as disposições convencionadas⁶³.

Para as ciências exatas, esses juros funcionam como verdadeiro pagamento pela oportunidade de dispor de capital alheio por determinado tempo. Aquele que cede seu capital, tornando-o indisponível para seu próprio uso, vê-se recompensado pelos juros acrescidos ao valor originariamente cedido, como esclarece Alexandre Assaf:

“Receber uma quantia hoje ou no futuro não são evidentemente a mesma coisa. Em princípio, uma unidade monetária hoje é preferível à mesma unidade monetária disponível amanhã. Postergar uma entrada de caixa (recebimento) por certo tempo envolve um sacrifício, o qual deve ser pago mediante uma recompensa”.⁶⁴

É que o capital não utilizado – e que poderia, por exemplo, ser investido –, rende certa porcentagem numa unidade de tempo definida, como forma de compensar a sua indisponibilidade temporária.

Para o Direito, em definição similar, mas adaptada aos seus próprios institutos, os juros são “a remuneração ou os frutos civis de um determinado capital do qual são

⁶² BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília: Presidência da República. Art. 406.

Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

⁶³ SCAVONE JUNIOR, Luz Antonio. *Juros no Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 84-88

⁶⁴ ASSAF, Alexandre. *Matemática financeira e suas aplicações*. São Paulo: Atlas, 2012, p.13.

acessórios⁶⁵ e, bem assim, representam um acréscimo real ao valor inicial, espelhando rendimento real calculado a partir de determinada taxa”.⁶⁶

São acessórios porque, nos ditames da lei civil, não existem por si próprios, dependendo da existência de um bem principal; ou seja, somente ocorrerão (ou serão devidos) se houver capital ou outro bem negociado. A obrigação de pagar juros, como ocorre com qualquer das obrigações acessórias, somente subsistirá em razão do bem principal. Para a obrigação acessória “juros”, entretanto, é preciso registrar que, uma vez vencida e não cumprida (paga), ainda que o principal tenha sido integralmente adimplido pelo devedor, pode ela ser exigida à parte⁶⁷. Isso se dá pelo fato de que apenas a sua existência é que deve ser juridicamente reconhecida em decorrência da existência do principal. Mas uma vez tendo sido reconhecido, o juro pode tornar-se obrigação autônoma. Daí a sua inafastável importância.

Justamente em decorrência da sua acessoriedade é que possíveis abusos em sua estipulação podem ser corrigidos sem que se macule a convenção referente à obrigação principal. Essa possibilidade advém, como será mais adiante esclarecido, da proibição de cobrança de juros estratosféricos, penalizada, inclusive, quando em seu extremo, na forma dos ilícitos criminais.

Porém, os juros não se limitam a prestações pecuniárias, como se poderia imaginar. A recompensa pela utilização de um bem móvel ou imóvel pode, também, se dar por meio de outras formas de prestação. Trata-se de observar a fungibilidade (e identidade) da obrigação, como esclarece Caio Mário da Silva Pereira:

“Chamam-se juros as coisas fungíveis que o devedor paga ao credor pela utilização de coisas da mesma espécie a este devidas. Pode, portanto, consistir em qualquer coisa fungível, embora frequentemente a palavra juro venha mais ligada ao débito de dinheiro, como acessório de uma obrigação principal pecuniária.”⁶⁸

⁶⁵ BRASIL. Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília: Presidência da República. Art. 586. Principal é o bem que existe sobre si, abstrata ou concretamente; acessório, aquele cuja existência supõe a do principal.

⁶⁶ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Juros no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 41.

⁶⁷ BRASIL. Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília: Presidência da República. Art. 206. Prescreve. § 3º Em três anos: III - a pretensão para haver juros, dividendos ou quaisquer prestações acessórias, pagáveis, em períodos não maiores de um ano, com capitalização ou sem ela

⁶⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, vol. 2.

O que importa essencialmente é, na verdade, que se observe o valor da prestação feita ou que deveria ter sido recebida e o tempo em que o credor foi privado de utilizar-se ele próprio do bem cedido. Dessa forma, poderiam, à título de exemplo, incidir como juros de um empréstimo de 500 sacas de soja por 1 mês mais 200 sacas da mesma qualidade da soja emprestada. Basta, apenas, que se trate de coisa fungível.

A razão para a impossibilidade de que sejam os juros coisas infungíveis está, obviamente, no fato de que devem ser eles da mesma espécie que a da coisa emprestada para utilização, como bem conceituou Caio Mário da Silva. Pudesse a coisa ser infungível, não seria possível entregar ela e ainda mais uma parte de si própria como pagamento a título de juros. A impossibilidade jurídica decorre, logicamente, da impossibilidade física da prestação, requisito essencial para a validade do negócio sobre o qual se poderia convencionar a obrigação e o seu acessório⁶⁹.

Ademais, sabe-se que o empréstimo de coisas infungíveis (o comodato)⁷⁰ é gratuito, restando aí uma proibição legal para a cobrança de juros em contratos dessa natureza.

Diferentemente, há autorização legal⁷¹ (a única expressa) para a cobrança de juros compensatórios nos casos dos empréstimos sob a forma de mútuo com destinação econômica⁷² – esses conhecidos como mútuos feneratícios. É que o mútuo tem por objeto coisas fungíveis, a serem utilizadas pelo devedor, e, após, restituído o credor com coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade⁷³.

⁶⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, vol. 2.

⁷⁰ Brasil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília: Presidência da República. Art. 579. O comodato é o empréstimo gratuito de coisas não fungíveis. Perfaz-se com a tradição do objeto

⁷¹ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Juros no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 86.

⁷² BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília: Presidência da República. Art. 591. Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual.

⁷³ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília: Presidência da República. Art. 586. O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade.

2.2. Finalidade

Como já adiantado, os juros destinam-se a recompensar o credor pelo uso e privação de seu capital (seja da espécie que for). Para quem empresta, há sacrifício em ter por indisponível, durante certo tempo, bem de que poderia dispor da forma como lhe melhor aproveitaria.

Ocorre que não somente a esse sacrifício está sujeito o credor. Há, também, os inúmeros riscos a que ficam expostos aqueles que cedem seu capital para uso alheio, ainda que por curto espaço de tempo⁷⁴. É o caso, por exemplo, dos riscos inflacionários, do risco cambial, risco de restituição e risco de transferência de recursos.

Os riscos inflacionários estão atrelados à desvalorização da moeda, que se mostra imprevisível, fazendo com que as taxas de juros sejam aumentadas de acordo com a maior probabilidade de que tal desvalorização ocorra. Essa probabilidade é tanto maior quanto maior for o período de incerteza quanto ao valor real da moeda. Explica-se: Aquele que cede seu capital a certo mutuário em janeiro de determinado ano, temendo profunda desvalorização do valor originariamente emprestado, que ao ser devolvido não mais valerá como antes, opta por cobrar taxas de juros mais altas deste do que daqueles que cumprirão a prestação em curto período. Os juros acabam sendo, assim, definidos em acurada observância do tempo que levará para ser restituído o capital cedido⁷⁵.

No que se refere ao segundo risco supracitado, há a probabilidade de desvalorização da moeda nacional em relação à moeda estrangeira ao longo do período em que o capital esteja indisponível ao seu dono, levando a que a impossibilidade de utilizar-se de seu valor efetivo quando esse ainda era maior seja, também, repassada, na forma de juros (ou custo).⁷⁶ Por essa razão, nos contratos de empréstimo em que a lei permite a utilização de moeda estrangeira, os juros são, consideravelmente, menores.⁷⁷

⁷⁴ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Juros no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 45-48

⁷⁵ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Op. Cit., p. 45-48

⁷⁶ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Op. Cit., p. 45-48

⁷⁷ BRASIL. Decreto – Lei nº 857, de 11 de setembro de 1969. Brasília. Ministério da Marinha, Guerra e Aeronáutica Militar.

Outro risco ainda levado em conta na estipulação dos juros é o da restituição do capital emprestado. Ele se traduz na incerteza de que haja a sua devida restituição ao credor, seja no tempo pré-determinado, seja em data posterior. Ou seja, o credor não terá sempre a certeza de que o seu capital será devolvido e se isso ocorrerá na data avençada, podendo, muitas vezes, sofrer os efeitos do inadimplemento relativo, consubstanciado na mora do cumprimento pelo devedor. Quanto maior o risco ou a incerteza quanto à possibilidade de restituição, maiores serão os juros, portanto.⁷⁸

No caso da demora na restituição – ou seja, levando-se em conta que, ainda que tardia, haverá a devolução –, é preciso que se lembre que os juros não ocorrerão em razão exclusiva da compensação ao credor pela indisponibilidade temporária para si de coisa sua e nem pelos riscos anteriormente tratados, mas também em decorrência do prolongamento indesejado de tais circunstâncias. Como anteriormente explicado, os juros moratórios incidem apenas quando houver demora no cumprimento (ou não houver o cumprimento na forma pactuada), e os compensatórios, especialmente quando tratar-se de mútuo feneratício, sempre estarão presentes.

É, pois, por esses tantos fatores (e com base neles) aliados à impossibilidade temporária de se dispor da forma como melhor lhe pareça de seu capital, e sempre se atentando para a possibilidade de demora não convencionada, que se estipulam juros, sejam eles compensatórios ou moratórios, colocando, verdadeiramente, um preço na utilização do que emprestado, pelo tempo em que emprestado.

2.3. Limites

Os juros, todavia, ainda que muito altos os riscos no empréstimo do capital, e apesar de poderem ser livremente fixados, são legalmente limitados, como preveem os artigos 406 e 591⁷⁹ do Código Civil, mais expressamente no que tange aos juros decorrentes da mora⁸⁰.

⁷⁸ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Juros no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 45-48

⁷⁹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília: Presidência da República. Art. 406 Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional. Art. 591. Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual.

Para os juros moratórios, ainda que seja fixada taxa extremamente abusiva, essa será reduzida para que alcance o limite legal, não importando a razão do credor para a anterior estipulação.

Aos juros compensatórios convencionais também há de se aplicar a disposição civilista do art. 406, que predetermina que se foram eles previstos pelas partes, mas sem fixação da taxa, essa será admitida como a taxa legal. E em tendo sido estipulado o percentual, ele também deverá obedecer o limite imposto pela lei (art. 591). Ou seja, de uma forma ou de outra, o credor estará vinculado à proteção dada ao devedor contra intenções lesivas na obtenção de lucros a partir do empréstimo de capital.

Essa proteção é regulada, inclusive, sob a ótica penal, pois, apesar do silêncio adquirido pela Constituição Federal a partir da Emenda nº 40 - que revogou o parágrafo do art. 192 que tratava da limitação dos juros em 12% ao ano, tipificando como crime de usura a cobrança acima de tal limite⁸¹ -, permanece, no ordenamento jurídico brasileiro, o ilícito penal da usura.

⁸⁰ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Juros no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 195-202

⁸¹ Redação anterior à alteração do art. 192 da CF/88 pela Emenda nº 40/2003: Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre: I - a autorização para o funcionamento das instituições financeiras, assegurado às instituições bancárias oficiais e privadas acesso a todos os instrumentos do mercado financeiro bancário, sendo vedada a essas instituições a participação em atividades não previstas na autorização de que trata este inciso; II - autorização e funcionamento dos estabelecimentos de seguro, resseguro, previdência e capitalização, bem como do órgão oficial fiscalizador (5); III - as condições para a participação do capital estrangeiro nas instituições a que se referem os incisos anteriores, tendo em vista, especialmente: a) os interesses nacionais; b) os acordos internacionais; IV - a organização, o funcionamento e as atribuições do Banco Central e demais instituições financeiras públicas e privadas; V - os requisitos para a designação de membros da diretoria do Banco Central e demais instituições financeiras, bem como seus impedimentos após o exercício do cargo; VI - a criação de fundo ou seguro, com o objetivo de proteger a economia popular, garantindo créditos, aplicações e depósitos até determinado valor, vedada a participação de recursos da União; VII - os critérios restritivos da transferência de poupança de regiões com renda inferior à média nacional para outras de maior desenvolvimento; VIII - o funcionamento das cooperativas de crédito e os requisitos para que possam ter condições de operacionalidade e estruturação próprias das instituições financeiras. § 1º - A autorização a que se referem os incisos I e II será inegociável e intransferível, permitida a transmissão do controle da pessoa jurídica titular, e concedida sem ônus, na forma da lei do sistema financeiro nacional, a pessoa jurídica cujos diretores tenham capacidade técnica e reputação ilibada, e que comprove capacidade econômica compatível com o empreendimento. § 2º - Os recursos financeiros relativos a programas e projetos de caráter regional, de responsabilidade da União, serão depositados em suas instituições regionais de crédito e por elas aplicados. § 3º - As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar.

Referido tipo penal, cuja condenação social da conduta remonta ao período colonial⁸² – sendo bem verdade, porém, que, em determinados períodos, defendeu-se a extrema liberdade na estipulação do “custo do capital” pelos contratantes -, é previsto no art. 4º da Lei nº 1.521/1951⁸³, que considera crime “cobrar juros, comissões ou descontos percentuais sobre dívidas em dinheiro superiores à taxa permitida por lei”. A pena para as condutas que se enquadram nessa previsão varia de 6 meses a 2 anos, além de multa.

Ocorre que, se antes a limitação dos juros constava expressamente da Carta da República (12% ao ano), com a revogação ocorrida pela edição da Emenda nº 40, não se tem mais taxa máxima expressamente fixada em lei. Há, por assim ser, que se seguir o que disposto no art. 591 do Código Civil, que impede a fixação que exceda a taxa em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional (art. 406, do mesmo diploma legal). No que diz a esse respeito, Luiz Rodrigues Wedy⁸⁴ esclarece, concluindo, que, ainda que não haja limitação constitucional, permanece a limitação do Código Civil, ao se proibir a fixação de juros em taxa maior que a prevista para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda.

Ora, se a mora do pagamento de impostos à Fazenda vem expressamente estipulada no Código Tributário Nacional, e esse normativo prevê a taxa de 1%, se outra não determinar

⁸² SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Juros no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 195-196

⁸³ BRASIL. Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951. Brasília. Presidência da República. Art. 4º. Constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando: a) cobrar juros, comissões ou descontos percentuais, sobre dívidas em dinheiro superiores à taxa permitida por lei; cobrar ágio superior à taxa oficial de câmbio, sobre quantia permutada por moeda estrangeira; ou, ainda, emprestar sob penhor que seja privativo de instituição oficial de crédito.

⁸⁴ Entendo que o atual Código Civil autoriza a limitação dos juros reais compensatórios pelo Poder Judiciário. O novo Código Civil prevê: Art. 591. Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual. Ora, resta claro que os juros não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406 do novo Código Civil. E qual é a taxa a que se refere o art. 406 do novo Código Civil? Para responder a esta pergunta, basta a simples leitura do referido dispositivo legal: Art. 406. Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda. Ora, o art. 406 do novo Código Civil está se referindo à taxa de juros prevista para o pagamento dos impostos devidos à Fazenda Nacional que vem prevista com todas as letras no art. 161, § 1º do Código Tributário Nacional. Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária. § 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de 1% ao mês. Não há dúvidas, portanto, que as cláusulas contratuais impostas pelos bancos que permitem a cobrança de juros reais compensatórios superiores a 1% ao mês são abusivas e nulas de pleno direito, devendo ser revisadas para que obedeçam ao patamar legal e, acima de tudo, moral”, in WEDY, Luiz Rodrigues. A usura e a limitação dos juros reais compensatórios em 1% ao mês após a publicação da emenda constitucional nº 40. São Paulo: Revista Jurídica, v. 54, n.341, 2006.

a lei, não há dúvidas de que, por interpretação sistemática, há, sim, limitação à cobrança de juros⁸⁵.

Essa limitação, apesar de retirada da Constituição Federal, permanece protegendo os mutuários das cobranças abusivas pela utilização de capital alheio. Por conclusão, as cobranças fixadas em mais que 12% ao ano (se se entender aplicável apenas a disposição legal comentada) ou em percentual maior que o estipulado para a taxa SELIC (essa ainda objeto de discussão acerca de sua legalidade e imperatividade para o caso dos juros civis, sofrerão, ainda que judicialmente, a redução determinada no Código Civil⁸⁶.

Nesse sentido, é de se ressaltar que até mesmo os bancos, ao cobrarem taxas diversas e muito mais altas, sem determinação de lei, estão praticando conduta abusiva e nula de pleno direito⁸⁷.

2.4. Diplomas legais acerca dos juros na construção civil

Os juros relativos à construção civil são tratados em diversos normativos, que, por razões didáticas, não serão trazidos ao presente trabalho. Todavia, há, na legislação brasileira, disposições que se referem mais especificamente à incorporação imobiliária ou a situações a ela relacionadas e que, para a análise ora feita, não podem ser deixadas de lado.

De início, merecem destaque as considerações feitas no caput do art. 1º da Lei nº 4.864/1965, que esclarecem, senão expressamente, mas ao menos de forma a ensejar clara interpretação nesse sentido, que a autorização para a correção monetária e a cobrança de juros, disciplinadas em seus incisos seguintes, é referente, ainda que não exclusivamente, aos institutos tratados na Lei dos Condomínios e da Incorporação Imobiliária. Observe-se:

“Art.1º. Sem prejuízo das disposições da Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, os contratos que tiverem por objeto a venda ou a construção de habitações com pagamento a prazo poderão prever a correção monetária da

⁸⁵ WEDY, Luiz Rodrigues. A usura e a limitação dos juros reais compensatórios em 1% ao mês após a publicação da emenda constitucional nº 40. Op. Cit.

⁸⁶ WEDY, Luiz Rodrigues. A usura e a limitação dos juros reais compensatórios em 1% ao mês após a publicação da emenda constitucional nº 40. Op. Cit.

⁸⁷ O assunto foi apenas comentado, sem que se desse a devida importância ao tema, em razão da sua independência em relação ao objeto específico desta pesquisa acadêmica.

dívida, com o conseqüente reajustamento das prestações mensais de amortização e juros, observadas as seguintes normas”.

Nos incisos seguintes ao parágrafo transcrito, são determinadas as formas como deverão ocorrer a correção e a cobrança dos juros, merecendo destaque a ordem para que as prestações mensais sejam de igual valor, incluindo amortização e juros, admitida, entretanto, a fixação, em contrato, de valor diverso para as parcelas a serem pagas após a entrega das chaves.⁸⁸

Hão de ser também consideradas como permissões legais à cobrança de juros as disposições da Lei nº 9.514/97, que, apesar de disciplinar o SFI (Sistema de Financiamento Imobiliário)⁸⁹, merece observância, eis que trata do *financiamento imobiliário de modo geral*, trazendo autorização expressa no sentido de que “as operações de comercialização de imóveis, com pagamento parcelado, de arrendamento mercantil de imóveis e de financiamento imobiliário em geral poderão ser pactuadas nas mesmas condições permitidas para as entidades autorizadas a operar no SFI”⁹⁰.

Para os casos em que há o financiamento, as condições poderão, segundo a Lei em comento, ser livremente pactuadas pelas partes, observadas específicas condições essenciais, dentre elas a remuneração do capital emprestado às taxas estipuladas na avença.⁹¹

Ou seja, o custo pela utilização do capital – na forma como colocado na Lei – ou os juros, são considerados no cálculo final das prestações devidas para os casos em que não pode o adquirente/promissário-comprador/consumidor dispor de seu próprio capital.

Dessa forma, a estipulação convencional dos juros pelas partes, no contrato, ainda que estes sejam equivalentes à zero, é condição essencial das operações de financiamento.⁹²

⁸⁸ BRASIL. Lei nº 4.864, de 29 de novembro de 1965. Brasília: Presidência da República.

⁸⁹ CHALUB, Melhim Namem. *Da incorporação imobiliária*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 231-237

⁹⁰ BRASIL. Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997. Brasília: Presidência da República. Art. 5º As operações de financiamento imobiliário em geral, no âmbito do SFI, serão livremente pactuadas pelas partes, observadas as seguintes condições essenciais: § 2º As operações de comercialização de imóveis, com pagamento parcelado, de arrendamento mercantil de imóveis e de financiamento imobiliário em geral poderão ser pactuadas nas mesmas condições permitidas para as entidades autorizadas a operar no SFI.

⁹¹ BRASIL. Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997. Brasília: Presidência da República. Art. 5º As operações de financiamento imobiliário em geral serão livremente efetuadas pelas entidades autorizadas a operar no SFI, segundo condições de mercado e observadas as prescrições legais. II - remuneração do capital emprestado às taxas convencionadas no contrato

⁹² BRASIL. Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997. Brasília: Presidência da República

Se de um lado, parece não haver previsão expressa para a cobrança de juros nos contratos de incorporação imobiliária com vendas à prazo – o que, adiante-se não se parece o mais acertado, tendo em vista o comando da já comentada Lei nº 4.864/1965 e a permissão do art. 5º, §2º da Lei nº 9.514/1997 –, de outro, é preciso que se observe a ausência completa de comandos legais que vedem a sua incidência.

2.5. Juros x INCC

Levando em conta que muito se diz a respeito da majoração no custo final do empreendimento em razão da aplicação dos juros, é preciso que se esclareça que a alteração no valor final não se deve unicamente aos juros cobrados não só nos pagamentos à prazo antes da entrega das chaves, como também nos financiamentos após o recebimento da unidade pronta.

Há outro índice de correção aplicado aos contratos que tenham por objeto a compra de *imóveis ainda em construção*: o INCC.

O Índice Nacional da Construção Civil (acompanhado pela Fundação Getúlio Vargas)⁹³ é calculado a partir dos preços de materiais, equipamentos, serviços e mão-de-obra, levantados em oito capitais brasileiras, para apurar a evolução dos custos no setor da construção.

Sua incidência é mensal e pode, a depender da situação da atividade econômica, superar em muito o valor dos juros convencionados, levando a que o custo final das unidades autônomas seja elevado. Não é (sempre) em decorrência dos juros, portanto, que o imóvel acaba custando mais ao adquirente.

⁹³ Disponível em: <http://portalibre.fgv.br/main.jsp?lumChannelId=402880811D8E34B9011D92B7684C11DF>

3. ANÁLISE CRÍTICA DA POSIÇÃO ADOTADA PELO STJ

Como o objetivo principal deste trabalho acadêmico é o de encontrar a solução que se apresente a mais acertada para a questão da possibilidade de cobrança de juros compensatórios nos contratos de incorporação imobiliária com venda à prazo das unidades autônomas, em que ocorre o chamado “financiamento” direto com o incorporador, faz-se imprescindível proceder à análise da jurisprudência e o caminho por ela trilhado até os dias de hoje. Para isso, cumpre advertir que o traço marcante de sua trajetória na Corte Superior (que, de início, é a que aqui nos interessa) é o da instabilidade.

3.1 – Evolução Cronológica do Posicionamento do Superior Tribunal de Justiça

3.1.1. Reconhecimento da legalidade - RESp 379.941/SP

Em sua primeira aparição no Superior Tribunal de Justiça, a questão fora solucionada pela Terceira Turma, que, por unanimidade, reconheceu a legitimidade da cobrança dos juros compensatórios desde a celebração do contrato como condição para o pagamento parcelado.⁹⁴ O acórdão restou assim ementado:

Contrato de compra e venda de imóvel. Pagamento parcelado. Juros legais da data da assinatura do contrato.

1. Não é abusiva a cláusula do contrato de compra e venda de imóvel que considera acréscimo no valor das prestações, desde a data da celebração, como condição para o pagamento parcelado.
2. Recurso especial não conhecido.

No caso em tela, os adquirentes de unidade autônoma – promissários – compradores – ajuizaram ação declaratória de nulidade de cláusula contratual com repetição de indébito, alegando que não haveria capital emprestado da incorporadora que justificasse a cobrança, sendo ela, portanto, abusiva.

Em 1ª instância, o juiz entendeu não haver a configuração de qualquer abusividade, sendo acompanhado pelos desembargadores quando do julgamento da apelação.

⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 379.941. Recorrente: Yong Suk Yun e Cônjuge. Recorrida: Brazil Realty S/A Empreendimentos e Participações. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Julgado em 15/08/2002. DJ de 02/12/2002

Naquele momento, bem consignaram que a ré – a incorporadora – havia fixado o mesmo preço tanto para o pagamento à vista quanto para o que se desse parceladamente, acrescentando, todavia, 1% de juros somente para o segundo caso. Além disso, esclareceram que o pagamento nos contratos de incorporação imobiliária é feito, em regra, na data da celebração, e não da entrega da unidade⁹⁵.

Na análise do Recurso Especial, como fundamento a justificar a conclusão a que chegaram os ministros daquela Corte, em perfeita concordância com o entendimento previamente esposado pelo relator, o Min. Carlos Alberto Menezes Direito, esclareceu-se que, ao contrário do que aduzido pelos autores do especial - promissários – compradores de imóvel negociado com a incorporadora -, do contrato firmado entre as partes não constava outro contrato de mútuo, mas, sim, a simples previsão de pagamento parcelado, a ser concluído posteriormente, e não na data da celebração do pacto, *como é a regra nos contratos de incorporação imobiliária*. A essência em negócios desse tipo, como esclareceram, é a de que o pagamento é feito integralmente antes da construção, criando-se aporte de capital para o desenvolvimento da obra, e não de que seja ele feito de forma diferida no tempo⁹⁶.

Ademais, naquele momento, seguindo o posicionamento adotado desde as instâncias ordinárias, ressaltaram os ministros julgadores que a abusividade/desvantagem alegadas pelos recorrentes não se configurariam, pois, tendo sido fixado o mesmo preço tanto para a aquisição à vista quanto para a parcelada, estipulando-se juros apenas para a segunda opção, impedir a sua cobrança causaria, na verdade, desvantagem somente àqueles que optaram por pagar o valor do bem de uma só vez⁹⁷.

Àquele tempo, entretanto, em decorrência da novidade da discussão e dos poucos argumentos utilizados pelos recorrentes, a matéria não pôde ser devidamente aprofundada e rebatida em todos os pontos em relação aos quais se poderiam criar discussões. Isso somente

⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 379.941. Recorrente: Yong Suk Yun e Cônjuge. Recorrida: Brazil Realty S/A Empreendimentos e Participações. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Julgado em 15/08/2002. DJ de 02/12/2002

⁹⁶ Ibidem.

⁹⁷ Ibidem.

foi possível 8 anos após, quando do julgamento do Recurso Especial nº 670.117/PB, do qual foi relator o Min. Luis Felipe Salomão⁹⁸, que será, adiante, analisado.

Antes, porém, de adentrar nos fundamentos que permearam o julgamento do referido recurso, é preciso ressaltar o delineamento das decisões tomadas durante o período entre um e outro julgamento.

Tais decisões passaram a ser tomadas monocraticamente, como se se houvesse “estabelecido” uma consolidação jurisprudencial, pelo que afirmavam os relatores, em seus julgados, que “*firmou a jurisprudência dessa Corte que na compra e venda de imóvel parcelado diretamente com a incorporadora é possível a incidência de juros compensatórios, mesmo antes da entrega das chaves*”⁹⁹. Essa afirmada cristalização de entendimento foi encampada em vários acórdãos, por várias vezes (Resp 662.822-DF; Resp 1.060.425-PE; Resp 738.988-DF; Resp 681.724-DF e Resp 1.193.788-SP).

Entretanto, quando se pensava estar assegurada juridicamente a possibilidade de cobrança dos juros compensatórios antes da entrega das chaves – ideia confirmada pelos próprios ministros do STJ -, no julgamento do já citado Recurso Especial nº 670.117/PB, de relatoria do Min. Luis Felipe Salomão, a posição daquele Tribunal alterou-se diametralmente.

3.1.2. Conclusão pela abusividade - RESp 670.117/PB

O Recurso Especial 670.117/PB foi originado de ação de revisão de cláusula contratual combinada com repetição de indébito, na qual alegava o autor a cobrança – ao seu ver, abusiva – de correção monetária pelo INCC mais juros de 1% ao mês, pela

⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 670.117/PB. Recorrente: Queiroz Galvão Empreendimentos S/A. Recorrida: Dalvací Marques do Rêgo Costa. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 14/09/2010. DJ de 23/09/2010.

⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.133.023/PE. Recorrente: Incorporadora Lino LTDA. Recorrida: Maria Vanda de Oliveira Costa. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Julgado em 01/09/2009. DJ de 04/09/2009.

incorporadora. Para ele, referida conduta constituiria abuso contra o consumidor, de acordo com o que dispunha o Código de Defesa do Consumidor em seus arts. 39 e 51¹⁰⁰.

Tanto o juízo de 1º grau quanto o Tribunal de Justiça da Paraíba, por seus desembargadores, entenderam que assistiria razão ao autor, tendo em vista a inequívoca abusividade da conduta, ainda que não constasse ela expressamente do art. 51¹⁰¹ do CDC, posto que não se tratava de rol taxativo¹⁰².

¹⁰⁰ Brasil. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Brasília. Presidência da República. Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994) I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos; II - recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes; III - enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço; IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços; V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva; VI - executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes; VII - repassar informação depreciativa, referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos; VIII - colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro); IX - deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério; IX - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais; (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994) X - (Vetado). X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços. (Incluído pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994) XI -Dispositivo incluído pela MPV nº 1.890-67, de 22.10.1999, transformado em inciso XIII, quando da conversão na Lei nº 9.870, de 23.11.1999 XII - deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério.(Incluído pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995) XIII - aplicar fórmula ou índice de reajuste diverso do legal ou contratualmente estabelecido. (Incluído pela Lei nº 9.870, de 23.11.1999)

¹⁰¹ Brasil. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Brasília. Presidência da República. Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis. II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código; III - transfiram responsabilidades a terceiros; IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; V - (Vetado); VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor; VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem; VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor; IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor; X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral; XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor; XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor; XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração; XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais; XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor; XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.

¹⁰² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 670.117/PB. Recorrente: Queiroz Galvão Empreendimentos S/A. Recorrida: Dalvací Marques do Rêgo Costa. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 14/09/2010. DJ de 23/09/2010.

Na apreciação do recurso, interposto pela incorporadora Queiroz Galvão Empreendimentos S/A – que utilizou como paradigma o já comentado acórdão do Recurso Especial 379.941/SP - a Quarta Turma do STJ foi de encontro ao entendimento anteriormente consignado e há muito ratificado.

A despeito dos argumentos utilizados pela recorrente, fundados nas previsões das Leis 4.380/1964, art. 5º; 4.864/1965, art. 1º e 9.514/1997, art. 5º, que autorizam a cobrança de juros compensatórios mesmo durante a obra, o relator, no que foi acompanhado pela Turma, concluiu pela abusividade da prática¹⁰³.

Partindo do pressuposto de que não somente a incorporadora teria uma obrigação a ser prestada em tempo futuro, qual a seja a de entregar a unidade habitacional pronta, mas também o comprador se comprometeria a pagar o preço em determinado prazo, e não quando da celebração do contrato, consignou o relator que a relação seria estritamente obrigacional, sem qualquer cunho de direito real. A impossibilidade de usufruir do bem por parte do comprador justificaria a impossibilidade do vendedor de usufruir do preço integral. Apenas na entrega das chaves ele teria direito ao recebimento do valor total¹⁰⁴.

Além disso, sob ótica diversa da que se tem para o instituto da incorporação imobiliária, o acórdão apontou como regra a conduta das incorporadoras de buscar recursos junto ao mercado financeiro e aos promissários compradores para permitir a construção do empreendimento, como se, na verdade, fossem elas que se capitalizassem com recursos de outrem¹⁰⁵.

Por não haver, durante a construção, capital da incorporadora mutuado ao promissário comprador e nem o gozo do imóvel por esse, pertencendo o imóvel, ainda, ao vendedor, que dele se utiliza, segundo o relator do recurso especial, o que ocorre é, em realidade, uma antecipação do pagamento, parcial e gradual, por imóvel que terá sua entrega diferida no tempo¹⁰⁶.

¹⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 670.117/PB. Recorrente: Queiroz Galvão Empreendimentos S/A. Recorrida: Dalvací Marques do Rêgo Costa. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 14/09/2010. DJ de 23/09/2010.

¹⁰⁴ Ibidem

¹⁰⁵ Ibidem.

¹⁰⁶ Ibidem.

Para a Quarta Turma, todos os custos da obra, inclusive os referentes a financiamentos junto a Bancos, já estariam embutidos no preço final do imóvel oferecido ao público, consubstanciando-se em *bis in idem* a conduta de cobrá-los também no contrato de pagamento à prazo da unidade¹⁰⁷.

No tocante às disposições normativas, ressaltaram os ministros a edição de Portaria pelo Ministério da Justiça¹⁰⁸ que prevê a abusividade de cláusula que estabeleça, no contrato de compra e venda de imóveis, a incidência de juros antes da entrega das chaves, e, ainda, a existência de Termo de Ajuste de Conduta¹⁰⁹ do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, dispondo de forma semelhante àquele primeiro normativo. Quanto às permissões legais aventadas pela recorrente, salientaram que, por serem anteriores ao Código de Defesa do Consumidor, não se aplicam no que forem com ele conflitantes, como no caso em questão e, em específico, que¹¹⁰:

- a) o contrato em análise não contempla a hipótese abarcada pela Lei nº 4.380/64, que regula apenas os contratos de financiamento imobiliário celebrados no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação, tratando-se de simples promessa de compra e venda, e não de venda a prazo;
- b) a Lei nº 4.864/65 apenas autoriza a cobrança de juros nas hipóteses contempladas pelo ordenamento (o que não aconteceria para o caso em questão), e
- c) que, por não tratar-se de situação de financiamento nem de “valor emprestado”, não há também a incidência do art. 5º da Lei nº 9.514/97.

O referido acórdão, em posição extremamente oposta ao primeiro proferido naquela Corte Superior, fora ementado no sentido de enfatizar que a inexistência de empréstimo, financiamento ou qualquer outro uso de capital alheio impediriam a cobrança dos chamados “juros no pé”.¹¹¹

¹⁰⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 670.117/PB. Recorrente: Queiroz Galvão Empreendimentos S/A. Recorrida: Dalvac Marques do Rêgo Costa. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 14/09/2010. DJ de 23/09/2010.

¹⁰⁸ Brasil. Portaria nº 3, de 15 de março de 2001. Brasília: Ministério da Justiça.

¹⁰⁹ Brasil. Termo de Ajustamento de Conduta nº 142, de 11 de setembro de 1997. Brasília: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

¹¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 670.117/PB. Recorrente: Queiroz Galvão Empreendimentos S/A. Recorrida: Dalvac Marques do Rêgo Costa. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 14/09/2010. DJ de 23/09/2010.

¹¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 670.117/PB. Recorrente: Queiroz Galvão Empreendimentos S/A. Recorrida: Dalvac Marques do Rêgo Costa. Ementa: DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. COBRANÇA DE JUROS COMPENSATÓRIOS DURANTE A OBRA. "JUROS NO PÉ". ABUSIVIDADE. INEXISTÊNCIA DE EMPRÉSTIMO, FINANCIAMENTO OU QUALQUER USO DE CAPITAL ALHEIO. 1.Em contratos de promessa de compra e venda de imóvel em construção, descabe a cobrança de juros compensatórios antes

A partir daí, do mesmo modo ocorrido no primeiro momento, as decisões monocráticas também tomaram como “firme jurisprudência” e “jurisprudência cristalizada” o entendimento esboçado no acórdão acima, entendendo como abusiva a cobrança dos juros de que aqui são tratados.

Todavia, quando do julgamento dos embargos de divergência opostos naquele mesmo Recurso Especial¹¹², ocorrido quase 2 anos após, o entendimento foi novamente modificado, restaurando-se a posição primeiramente tomada.

3.1.3. O entendimento mais recente - ERESp 670.117/PB

Por fundamentos absolutamente contrários aos que utilizados para declarar a abusividade da cobrança dos juros compensatórios, o Min. Antonio Carlos Ferreira inaugurou a divergência na Seção julgadora – já que o relator, Min. Sidnei Beneti, mantivera o entendimento firmado no julgamento do Especial-, sendo seguido pelos Ministros Maria Isabel Gallotti, Villas Bôas Cueva e Marco Buzzi.

Se, de um lado, o relator insistia no fato de que, durante a construção, o comprador não usufrui do imóvel ou de capital da construtora a possibilitar a cobrança de juros, do voto divergente do Min. Antonio Carlos Ferreira consta que *a natureza da incorporação é a de empreendimento que visa obter, pela venda antecipada dos apartamentos, o capital necessário para a construção do prédio, levando a que a regra, para esses contratos, seja a de que o pagamento deve ser a vista, constituindo mera liberalidade do incorporador a possibilidade de pagamento à prazo*. Nesse sentido, segundo o Ministro, ocorre,

da entrega das chaves do imóvel - "juros no pé" -, porquanto, nesse período, não há capital da construtora/incorporadora mutuado ao promitente comprador, tampouco utilização do imóvel prometido. 2. Em realidade, o que há é uma verdadeira antecipação de pagamento, parcial e gradual, pelo comprador, para um imóvel cuja entrega foi contratualmente diferida no tempo. Vale dizer, se há aporte de capital, tal se verifica por parte do comprador para com o vendedor, de sorte a beirar situação aberrante a cobrança reversa de juros compensatórios, de quem entrega o capital por aquele que o toma de empréstimo. 3. Recurso especial improvido. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 14/09/2010. DJ de 23/09/2010.

¹¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 670.117/PB. Embargante: Queiroz Galvão Empreendimentos S/A. Embargada: Dalvací Marques do Rêgo Costa. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Julgado em 13/06/2012. DJ de 26/11/2012.

verdadeiramente, um favorecimento financeiro ao comprador, que terá antecipado os recursos que são de sua responsabilidade para assegurar o regular andamento da obra¹¹³.

Também a injustiça com relação aos adquirentes que pagassem à vista, diante da impossibilidade de cobrança de juros compensatórios daqueles que optaram pelo pagamento à prazo, foi, novamente, pontuada, advertindo-se que, mesmo que não pudessem ser convencidos no contrato, esses juros seriam incluídos no preço final da obra, tendo de ser suportados tanto por quem pagasse o valor em parcelas quanto por aqueles que optassem pelo pagamento integral na celebração do pacto¹¹⁴.

A previsão dos juros nos contratos acabaria por ser, como consignado no voto vencedor, manobra de proteção ao direito de informação do consumidor, trazendo às relações mais transparência e, ainda, possibilitando o controle judicial de possíveis abusos na estipulação dos percentuais de juros¹¹⁵.

Em observância à posição do incorporador, esclareceu-se, também, que a exclusão dos juros compensatórios afetaria o equilíbrio financeiro do contrato e a comutatividade da avença¹¹⁶.

Ainda do voto divergente constou importante informação, no sentido de que a incorporação facilita o acesso à moradia em grande parte dos casos e é excelente forma de investimento já que o preço de imóvel na planta é bastante inferior ao preço do imóvel pronto¹¹⁷.

Por fim, no que se referia à discussão quanto ao tipo contratual de simples promessa de compra e venda, com alegada fragilidade de segurança e certeza, fez-se constar que o Poder Judiciário confere, de forma eloquente, a necessária segurança jurídica a esse tipo específico¹¹⁸.

¹¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 670.117/PB. Embargante: Queiroz Galvão Empreendimentos S/A. Embargada: Dalvací Marques do Rêgo Costa. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Julgado em 13/06/2012. DJ de 26/11/2012.

¹¹⁴ Ibidem.

¹¹⁵ Ibidem.

¹¹⁶ Ibidem.

¹¹⁷ Ibidem.

¹¹⁸ Ibidem.

Dos votos dos outros ministros que acompanharam a divergência inaugurada pelo Ministro Antonio Carlos Ferreira, consta como motivo fundamental à previsão de cobrança dos juros a proteção ao consumidor, nos termos colocados por aquele magistrado – impedindo a cobrança de forma embutida no preço final - e, ainda, a necessidade de remuneração do capital do qual foi privado o incorporador, quando utilizado no custeio do empreendimento pelo qual era o adquirente o responsável originário¹¹⁹.

É esse o entendimento mais recente e prevalente no Superior Tribunal de Justiça. Entretanto, levando-se em conta a trajetória das decisões já tomadas por aquela Corte, não se pode considerá-lo jurisprudência cristalizada, como antes afirmado pelos ministros, e, muito menos, tomá-lo como previsão segura e tutelada pelo Poder Judiciário à cobrança dos juros compensatórios para os pagamentos à prazo nos contratos de incorporação imobiliária antes da entrega das chaves. A questão em debate não apresenta qualquer segurança jurídica, seja para o seu reconhecimento como válida, seja para a confirmação de sua impossibilidade.

3.2. Fundamentos que legitimam a cobrança

Dos fatos trazidos relacionados ao próprio instituto da incorporação imobiliária e que a seguir serão rememorados, e a partir dos fundamentos utilizados pelos julgadores das demandas analisadas, pode-se concluir pela existência de argumentos que muito bem embasam a possibilidade de cobrança dos juros compensatórios nos contratos que contemplem o pagamento parcelado. Senão, confira-se.

A incorporação imobiliária consiste em atividade negocial complexa, trazendo consigo diversas relações jurídicas, que deverão convergir para um resultado final que possibilite a venda das unidades autônomas. Tais unidades, todavia, têm a sua entrega diferida no tempo, já que é característica precípua da atividade de incorporação a venda de imóveis ainda em construção, em razão da qual decorre a arrecadação prévia, pelo incorporador, de recursos (inclusive para a compra do terreno). É que, com o pagamento, pelos adquirentes, do preço fixado, o incorporador pode pagar o preço do custo do terreno ao seu dono, e o do custo

¹¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 670.117/PB. Embargante: Queiroz Galvão Empreendimentos S/A. Embargada: Dalvací Marques do Rêgo Costa. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Julgado em 13/06/2012. DJ de 26/11/2012.

da construção à construtora – já que, como anteriormente esclarecido, nem sempre essas figuras se confundem.

A responsabilidade pela efetivação do pagamento desses custos é, em decorrência dos requisitos dispostos na lei para a atividade de incorporação, do incorporador, que, nos casos em que não ocorra a venda de todas as unidades – e, portanto, não dispondo o empreendimento da quantia prevista e necessária para o seu desenvolvimento –, deve ele próprio arcar com os valores referentes aos imóveis ainda não negociados. Aliás, até mesmo para as situações em que todas as unidades tenham sido comercializadas, mas haja atraso no pagamento das parcelas - quando oferecido o financiamento – é também responsabilidade do incorporador o adiantamento do pagamento dos valores devidos. Tudo isso em cumprimento à obrigação firmada com todos os outros adquirentes de manutenção da construção, para que sua entrega se dê no prazo prometido, ao qual fica vinculado o incorporador.

Sendo assim, não há como se desconsiderar que a posição em que se encontra o incorporador e as obrigações a ele inerentes exigem que seus negócios se pautem de forma cautelosa, levando a que suas negociações - ou a comercialização das unidades autônomas em torno das quais gira a atividade incorporadora – contemplem o menor risco possível não somente para ele próprio, mas principalmente para o empreendimento.

Nesse sentido, ao possibilitar, por uma mutação da natureza do negócio jurídico – que, como bem ressaltaram os ministros favoráveis à cobrança, é contrato de promessa de venda de coisa futura que esteja ainda em construção - que os adquirentes paguem o preço do imóvel de forma parcelada, o incorporador assume riscos muito mais altos, não só relativos aos usuais como os já citados riscos inflacionários, cambiais, de restituição e risco de transferência de recursos.

Ao permitir o financiamento direto, o incorporador se obriga a assegurar que, ainda que as parcelas mensais pagas por esse grupo específico de adquirentes (os que pagam à prazo) não sejam suficientes ao pagamento dos custos da obra, essa permanecerá em atividade, mesmo que tenha ele que se utilizar de capital próprio. É exatamente em razão desse risco - e para evita-lo - que o incorporador já adianta, de antemão, todo o preço do imóvel, destinando-o ao patrimônio de afetação.

A completude de tal patrimônio mostra-se de extrema necessidade, tendo em vista que a construção desses empreendimentos requer a aplicação de cifras significativas, não suportada com o pagamento das parcelas mensais, além do fato de que as obras duram períodos comuns de 36 ou 40 meses, e os parcelamentos, anos a fio. Daí decorre a necessidade de aplicação, pelo incorporador, de capital próprio, que fica, dessa maneira, alheio a sua própria disposição.

Ora, não é justamente a função dos juros remunerar o capital de quem dele ficou impedido de dispor por certo período e assumiu todos os riscos inerentes a esse fato? No caso da permissão, pelo incorporador, para que o adquirente pague de forma diferida o preço do imóvel - ao contrário da previsão originária de pagamento do preço integral no ato da celebração do negócio -, obrigando-se ele próprio a arcar com os custos relativos à “cota” devida por aquele comprador, ocorre justamente esse fato: a utilização de capital alheio em obrigação própria, e como consignou o Min. Antonio Carlos Ferreira em seu voto divergente no EREsp 670.117/PB, por pura liberalidade do incorporador.

É inafastável, portanto, a conclusão de que é em benefício do adquirente da unidade autônoma que o parcelamento do preço é autorizado pelo incorporador e que esse ainda se obriga, em razão dessa conduta, a adiantar o valor total para que a construção do empreendimento não seja prejudicada e obedeça ao cronograma estabelecido de acordo com as características específicas da atividade de incorporação (atividade essa que prevê a construção de edificação a partir da arrecadação de capital dos próprios adquirentes).

Ainda assim, há quem diga – e isso ficou consignado nos acórdãos do STJ que julgaram abusiva a cobrança dos juros – que não há previsão específica para a cobrança de juros remuneratórios nos contratos de incorporação imobiliária com pagamento parcelado, impedindo a sua incidência. Todavia, como já demonstrado no capítulo referente aos juros, as Leis nº 4.591/1964 e 9.514/1997 tratam da possibilidade de que ocorra tal cobrança, estipulando, entretanto, como deverá ser. Não é esse, por essa razão, argumento suficiente à conclusão pela impossibilidade.

Fundamento outro que também não merece guarida é o de que seria abusiva a cobrança dos juros, tendo em vista que não somente a obrigação do adquirente que paga à prazo seria prestada em tempo futuro diverso do da celebração do negócio, mas também a do

incorporador, que somente após a construção entregaria o bem imóvel para uso e gozo de seu comprador. Nesse passo, argumenta-se que não teria o adquirente qualquer direito real antes da entrega da unidade.

Ocorre que, muito ao contrário, como analisado, até mesmo o pacto de promessa de compra e venda deve ser levado a registro no Cartório de Imóveis, junto ao memorial da incorporação, com a devida discriminação da área e da unidade correspondentes, pois, a partir desse momento, gerará direitos reais aos adquirentes, que, diferentemente do incorporador – que tem a obrigação de adjudicar a unidade ao adquirente -, poderão, inclusive, negociá-los, por meio de cessão de direitos, por exemplo.

Além disso, também não pode ser considerada abusiva a cobrança de juros se se tem em mente que o preço original – e, portanto, sem acréscimos decorridos de juros - é fixado de forma igual para todo e qualquer adquirente, restando aumentado apenas para aquele que opte pelo pagamento parcelado. Abusiva, nesse ponto, seria a conduta de permitir que, em não se estipulando juros, os adquirentes que optaram pelo pagamento integral à vista, apesar de terem alocado todo o capital de uma só vez para um único negócio e ficarem privados de utiliza-lo em outras situações, estivessem, na verdade, em posição mais desfavorável, já que aos pagantes do preço parcelado resta a possibilidade de dispor da grande parte de seu capital para o que lhe seja conveniente durante o período de construção do empreendimento. Em clara desvantagem estariam aqueles que optaram por pagar o valor do bem de uma só vez.

CONCLUSÃO

Muito longe de ser abusiva, a cobrança **expressa** dos juros compensatórios pode, a depender do ângulo que se analise, em verdade, ser mais favorável ao consumidor, pois, em decorrência dos fatores que interferem na incorporação e não podendo a sua necessidade ser afastada, já que influi no equilíbrio de todo um mercado imobiliário, se a sua cobrança se torna ilegal, os juros ou continuarão a ser cobrados, mas de forma embutida nos contratos, ou os preços tanto para quem pague a vista quanto para os que paguem à prazo sofrerão acréscimos. Até mesmo por respeito ao princípio do dever de informação do consumidor, é preciso que se observe a necessidade da questionada cobrança dos juros e a sua legalidade, para que seja ela, de uma vez por todas, permitida.

É essa necessária transparência, inclusive, que levou os Ministros do STJ a entenderem ser primordial a autorização à estipulação dos juros nos contratos de incorporação, evitando a sua cobrança por via oblíqua ou mascarada.

Ademais, àqueles que não concordarem com a referida cobrança restará sempre a opção pelo pagamento à vista, ou pelo pagamento à prazo de imóvel já pronto.

O que não se pode é deixar de observar o instituto da incorporação imobiliária, que por suas especificidades (e vantagens), dentre elas a de que o imóvel ainda estará em construção, permite ao incorporador cobrar preços mais baixos que os vendedores de imóveis já construídos. Essa é uma realidade para a qual não se pode fechar os olhos.

Em pesquisa feita nos jornais de grande circulação e em sítios da internet, observa-se que, de fato, há diferenças de preços significativas entre imóveis ainda em construção e os que já estão prontos (diferenças que chegam a 50%).

Esse argumento, aliás, foi utilizado pelo Min. Antônio Carlos Ferreira – como já citado quando da análise do ERESp 670.117/PB -, que fez constar de seu voto a informação de que a incorporação facilita o acesso à moradia em grande parte dos casos e é excelente forma de investimento já que o preço de imóvel na planta é bastante inferior ao preço do imóvel já pronto.

Portanto, ao levar-se em consideração a diferença de valores e, principalmente, que a cobrança de juros se dará em qualquer dos casos quando houver o parcelamento, poderá se verificar que os empreendimentos por regime de incorporação imobiliária são, ainda, os mais acessíveis à sociedade. Não resta outra alternativa, por isso, que não a consolidação de uma firme jurisprudência acerca dessa matéria, garantindo segurança jurídica às relações que a envolvam.

A pesquisa desenvolvida ao longo dos três primeiros capítulos teve o escopo de agrupar todas as informações necessárias para a defesa da tese que se acredita ser a mais acertada para o tema da cobrança de juros antes da entrega das chaves nos contratos de venda de imóveis na planta com pagamento financiado diretamente com o incorporador, que é a relativa a legitimidade de tal cobrança, subsidiada não somente pela ausência de disposição expressa que a proíba, mas também em respeito à natureza do negócio jurídico e até mesmo à proteção dos consumidores – que estarão sempre cientes dos encargos a serem suportados nesse tipo de contrato.

Além disso, pretendeu-se demonstrar os efeitos da instabilidade do STJ quanto aos posicionamentos que toma, acarretando em enorme insegurança jurídica não somente para o setor imobiliário, mas também para a sociedade, que tanto se utiliza do instituto que aqui fora analisado.

Os planejamentos necessários tanto para um grupo quanto para o outro na intenção de firmar negócios desse tipo acabam por se tornar inócuos, podendo os sujeitos serem repentinamente surpreendidos com possibilidades anteriormente desconsideradas – caso em que se estará a onerar mais o consumidor – ou com outras que passaram a ser afastadas – caso em que o incorporador restará mais onerado.

Não há, portanto, como se afastar a necessidade de observância mais acurada e análise mais detida da questão aqui proposta.

REFERÊNCIAS

- ASSAF, Alexandre. *Matemática financeira e suas aplicações*. São Paulo: Atlas, 2012.
- BRITO, Rodrigo Azevedo Toscano de. *Incorporação Imobiliária à luz do CDC*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BRITO, Rodrigo Azevedo Toscano de. *Cláusulas abusivas nos contratos de incorporação imobiliária e o código de defesa do consumidor*. Revista de Direito Imobiliário, São Paulo, nº 49, p. 83, julho – dezembro 2000.
- CHALUB, Melhim NameM. *Da incorporação imobiliária*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- CHALUB, Melhim Namem. *Da incorporação imobiliária*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 68-71.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 2011, vol. 3.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de Construir*, 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e Incorporações*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, vol. 2.
- SCAVONE JUNIOR, Luz Antonio. *Juros no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: direitos reais*, 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- VENOSA. Silvio de Salvo. *Direito Civil: Contratos em Espécie*. São Paulo, Atlas, 2008.
- WEDY, Luiz Rodrigues. *A usura e a limitação dos juros reais compensatórios em 1% ao mês após a publicação da emenda constitucional nº 40*. São Paulo: Revista Jurídica, v. 54, n.341, 2006.
- FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS (INCC). Disponível em <http://portalibre.fgv.br/main.jsp?lumChannelId=402880811D8E34B9011D92B7684C11DF>. Acesso em 08.08.2013
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 379.941. Recorrente: Yong Suk Yun e Cônjuge. Recorrida: Brazil Realty S/A Empreendimentos e Participações. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Julgado em 15/08/2002. DJ de 02/12/2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 670.117/PB. Recorrente: Queiroz Galvão Empreendimentos S/A. Recorrida: Dalvací Marques do Rêgo Costa. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 14/09/2010. DJ de 23/09/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 670.117/PB. Embargante: Queiroz Galvão Empreendimentos S/A. Embargada: Dalvací Marques do Rêgo Costa. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Julgado em 13/06/2012. DJ de 26/11/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.133.023/PE. Recorrente: Incorporadora Lino LTDA. Recorrida: Maria Vanda de Oliveira Costa. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Julgado em 01/09/2009. DJ de 04/09/2009.

BRASIL. *Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964*. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. DOU de 21.12.1964 – Retificado no DOU de 1.2.1965.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. DOU de 11/01/2002.

BRASIL. *Decreto – Lei nº 857, de 11 de setembro de 1969*. Consolida e altera a legislação sobre moeda de pagamento de obrigações exequíveis no Brasil. DOU de 12/09/1969.

BRASIL. *Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951*. Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular. DOU de 27/02/1951.

BRASIL. *Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997*. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. DOU de 24/11/1997.

BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Brasília*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. DOU de 12/09/1990 – Retificado no DOU de 10/01/2007.

BRASIL. *Portaria nº 3, de 15 de março de 2001*. Brasília: Ministério da Justiça

BRASIL. *Termo de Ajustamento de Conduta nº 142, de 11 de setembro de 1997*. Brasília: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.